

Федеральное государственное автономное
образовательное учреждение
высшего образования
«СИБИРСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

институт

КАФЕДРА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И КРИМИНАЛИСТИКИ

кафедра

УТВЕРЖДАЮ

Заведующий кафедрой

А.Д. Назаров

подпись

инициалы, фамилия

«__» _____ 20__ г.

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

Позиция адвоката – защитника по уголовному делу

тема

40.04.01 «Юриспруденция»

код и наименование направления

40.04.01.00.05 «Адвокат в судебном процессе»

код и наименование магистерской программы

Научный руководитель

подпись, дата

доцент, к.ю.н.

должность, ученая степень

И.А. Шевченко

инициалы, фамилия

Выпускник

подпись, дата

О.Б. Шевчик

инициалы, фамилия

Красноярск 2017

СОДЕРЖАНИЕ

Введение.....	3
1. Назначение адвокатуры в уголовном процессе, построенном на публичном начале.....	7
1.1. Назначение адвокатуры: сравнительно-исторический анализ и современное понимание.....	7
1.2 Модель взаимоотношений адвокатуры и государства в уголовном процессе.....	14
2. Позиция адвоката-защитника по уголовному делу	24
2.1. Место и роль адвоката – защитника в уголовном процессе.....	24
2.2. Сущность и содержание позиции адвоката – защитника по уголовному делу.....	31
3. Позиция доверителя по уголовному делу.....	46
3.1. Доверитель: роль и значение.....	46
3.2. Сущность и содержание позиции доверителя по уголовному делу.....	50
Заключение.....	60
Список использованных источников.....	62
Приложения А - В.....	70-80

ВВЕДЕНИЕ

В Федеральном законе от 31.05.2002 N 63-ФЗ. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» указывается, что одним из основных направлений деятельности адвоката является оказание юридической помощи в качестве защитника доверителя в уголовном судопроизводстве. Данный вид юридической помощи является особо значимым в сфере защиты граждан, подозреваемых (обвиняемых) от незаконного и необоснованного обвинения, в связи с чем возникает необходимость исследования теоретических основ и практических проблем участия адвоката в качестве защитника по уголовным делам.

Важнейшим вопросом в процессе осуществления адвокатом защиты прав и интересов доверителя является определение и формирование позиции по уголовному делу.

Как указывается в ст. 6 Федерального закона от 31.05.2002 N 63-ФЗ. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», «адвокат не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора».

Практически аналогичная норма закреплена в п. 2 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката, где указывается, что «адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле, за исключением случаев, когда адвокат – защитник убежден в наличии самооговора своего подзащитного».

Однако, несмотря на то, что понятие «позиция» является одним из фундаментально – инструментальных в адвокатской профессии и деятельности в целом, ни в юридической литературе, ни правоприменительной практике указанному понятию не уделяется должного внимания.

В ходе проведенного нами анкетирования адвокаты положительно (100%) ответили на вопрос: «Вырабатываете ли Вы позицию по уголовному

делу в процессе подготовки к судебному разбирательству?». В то же время, представления о позиции адвоката – защитника практически у всех практикующих адвокатов оказались разные. Это вызывает достаточно большое количество вопросов, поскольку умение адвоката – защитника верно определять позицию по делу является одним из важнейших условий оказания им квалифицированной юридической помощи, которая гарантирована каждому Конституцией Российской Федерации.

Практикующие адвокаты не одиноки в своем неоднозначном понимании позиции адвоката - защитника по уголовному делу.

В научной юридической литературе также нет единства мнений относительно указанного понятия. Кроме того, достаточно большое количество авторов, рассматривая и анализируя понятие «позиция адвоката – защитника по уголовному делу», игнорируют такое понятие, как «позиция доверителя», хотя в п. 2 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката прямо указывается: «Адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя...». Это также порождает достаточно большое количество дискуссионных вопросов. Например, любое ли желание клиента следует рассматривать в качестве его позиции по уголовному делу? Обязан ли адвокат безоговорочно следовать позиции клиента? и др.

Безусловно, все вышеизложенное свидетельствует о том, что комплексное исследование проблемы определения сущности и содержания понятия позиции адвоката-защитника и доверителя по уголовному делу - актуальная задача, имеющая важное теоретическое и практическое значение, что свидетельствует об актуальности выбранной темы, позволяет сформулировать исследовательский вопрос и обозначить цели и задачи исследования.

Исследовательские вопросы работы звучат следующим образом: «Что представляет собой позиция адвоката – защитника по уголовному делу?»; «Что представляет собой позиция доверителя?»; «Любое ли желание клиента следует рассматривать в качестве его позиции по уголовному делу?».

Постановка данных вопросов определила формулировку целей и задач настоящей работы.

Целью данной работы является определение сущности и содержания понятия позиции адвоката-защитника и доверителя по уголовному делу.

Для достижения поставленной цели потребовалось решение следующего комплекса конкретных исследовательских **задач**:

1. Рассмотреть исторический аспект и современное понимание назначения адвокатуры, определить модели взаимоотношений адвокатуры и государства в уголовном процессе.
2. Определить место и роль адвоката защитника в уголовном процессе.
3. Раскрыть сущность и содержание понятия позиции адвоката-защитника по уголовному делу.
4. Определить роль и значение доверителя во взаимоотношениях с адвокатом в процессе оказания последним квалифицированной юридической помощи.
5. Раскрыть сущность и содержание понятия позиции доверителя по уголовному делу.

Объект диссертационного исследования. Объектом исследования являются общественные отношения, возникающих между адвокатом и доверителем в процессе формирования и согласования позиции по уголовному делу с целью защиты прав и законных интересов доверителя.

Предмет диссертационного исследования. Предметом исследования являются нормы права, теоретические представления о деятельности адвоката в качестве защитника в уголовном процессе, а также возникающие проблемы определения позиции адвоката – защитника и его доверителя по уголовному делу.

Нормативную базу исследования составляют: памятники отечественного законодательства, международные правовые документы, Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31.05.2002 № 63-ФЗ, Кодекс профессиональной

этики адвоката, принятый Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003г.

Теоретическую основу исследования составляют диссертации, монографии, учебники, учебные пособия для адвокатов, статьи, относящиеся к адвокатской деятельности и адвокатуре в целом.

Теоретическую основу исследования составили работы таких авторов, как: Барабаш А.С., Брестер А.А., Воскобитова Л.А., Гринева А.В., Колмацуй А.А., Кони А.Ф., Кудрявцев В.Л., Кучерена А.Г., Львова Е.Ю., Панченко В.Ю., Плевако Ф.Н., Рудакова М.С., Скабелина Л.А., Строгович М.С., Ходилина М.В., Шевченко И.А. и другие.

Труды указанных авторов внесли значительный вклад в изучение вопроса о понятии позиции адвоката – защитника и деятельности адвоката в уголовном процессе, в связи с чем их взгляды нашли свое отражение в представленном диссертационном исследовании.

Эмпирическая база исследования. Эмпирическую базу составили данные проведенного анкетирования адвокатов за 2017 год по вопросам диссертационного исследования.

Структура диссертации. Магистерская диссертация состоит из трех глав. Первая глава включает в себя два параграфа, в которых рассмотрены исторические аспекты и современное понимание назначения адвокатуры, определены модели взаимоотношений адвокатуры и государства.

Вторая глава содержит два параграфа, в которых рассмотрен вопрос о месте и роли защитника в уголовном процессе, определены сущность и содержание позиции адвоката-защитника по уголовному делу.

Третья глава содержит два параграфа, в которых рассмотрен вопрос о роли и значении доверителя во взаимоотношениях с адвокатом в процессе осуществления защиты и определены сущность и содержание позиции доверителя по уголовному делу.

1 Назначение адвокатуры в уголовном процессе, построенном на публичном начале

Значимость адвокатуры, как одного из правозащитных сообществ современного гражданского общества переоценить достаточно сложно. Федеральный закон от 31.05.2002 N63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон об адвокатуре) содержит ключевые понятия, опираясь на которые строится вся деятельность адвоката – юридическая помощь и защита.

Деятельность адвокатского сообщества направлена на одну широко определенную законом цель – защита прав, свобод и интересов лиц, обратившихся за юридической помощью, а также обеспечение доступа к правосудию. При таком подходе к определению цели необходимо разобраться в нескольких вопросах: как данная цель встраивается в отечественный уголовный процесс (сквозь призму соотношения деятельности адвокатуры с деятельностью государственных органов); какие права, свободы и законные интересы призван защищать адвокат; на какой основе выстраиваются отношения адвоката и доверителя, адвокатуры с государством.

На эти и другие вопросы постараемся ответить в настоящей главе.

1.1 Назначение адвокатуры: сравнительно-исторический анализ и современное понимание

Адвокатура насчитывает многовековое существования и принадлежит к числу древнейших процессуальных институтов.

В самом общем виде, историю российской адвокатуры можно разделить на четыре основных периода: адвокатура в дореволюционный период, расцвет (от реформы 1864 г. до революции), адвокатура советского периода и адвокатура в современный период.

Впервые упоминание об институте судебного представительства мы находим в русских законодательных актах XV века. Так, например, в Псковской судной грамоте (XIII-XV вв.) допускалось представительство для защиты интересов женщин, малолетних, монахов и монахинь, стариков и глухих (увечных)¹. «Судебных представителей той эпохи условно можно разделить на две группы: первую составляли так называемые естественные представители, вторую – наемные, из которых постепенно и начал формироваться институт профессиональных поверенных»², - пишет А.Г. Кучерена.

Уже в судебнике 1497 г. истец или ответчик могли не являться в суд, а прислать вместо себя поверенных³. «Иными словами, в Судебниках 1497 и 1550 гг., а затем и в Соборном уложении 1649 г. институт наемных поверенных фигурирует уже как существующий, но состав этих лиц был весьма разнообразен, ибо в то время еще не было законодательной регламентации представительства (стряпчества)»⁴.

Законом Российской Империи от 14 мая 1832 г. судебное представительство превращается в юридический институт присяжных стряпчих, направленный на упорядочение деятельности судебных представителей в коммерческих судах. В список лиц, которые могли заниматься практикой в коммерческих судах, включались только те, кто представлял аттестаты, послужные списки и другие свидетельства об их звании и поведении. «В обязанности суда входило обеспечение достаточного числа присяжных стряпчих, чтобы тяжущиеся стороны не затруднялись в их выборе»⁵.

Анализируя развитие адвокатуры в указанный период времени, можно сделать вывод о том, что развитие института судебного представительства

1 Русская Правда и Псковская Судная грамота: Материалы к изучению истории государства и права России / Краснояр. гос. ун-т; Сост. С.А. Бердникова, О.П. Подосенов. Красноярск, 2002. С. 108.

2 Кучерена А.Г. Адвокатура в условиях судебно-правовой реформы в России: Монография. М.: ЮРКОМПАНИ, 2009. С.10.

3 Судебник 1497 года: материалы к изучению истории государства и права России / Краснояр. гос. ун-т, Юрид. ин-т; сост. С.А. Бердникова. – Красноярск, 2005. Ст. 36.

4 Кучерена А.Г. Указанное соч. С. 11.

5 Кучерена А.Г. Указанное соч. С. 11.

является предпосылкой к появлению адвокатуры.

Поворотным в истории развития адвокатуры стала реформа 1864 года, сердцевиной которого Г. М. Резник называет учреждение суда присяжных и создание свободной, отдаленной от государства адвокатуры⁶. Впервые отечественное законодательство встретилося с таким явлением, как независимость адвокатуры, что неизбежно повлекло за собой постановку сложных нравственно-этических проблем, а также заставило задуматься ученых того времени о назначении адвокатуры, о соотношении человеческого измерения и строгой буквы закона, что доселе широко в литературе не обсуждалось. С. А. Зарудный писал: «Правосудие в широком смысле требует не только твердости и непреклонности в решениях, но и глубокого знания всех мелочей обыденной жизни и снисходительности к неизбежным слабостям человека»⁷. Именно в этот период времени впервые и встал вопрос о месте адвоката в судопроизводстве и о назначении адвокатуры в целом.

Анализируя работы юристов того времени, можно обнаружить солидарность в большинстве точек зрения. Например, А. Ф. Кони в избранных трудах уделял адвокатуре большое внимание: «Защита есть общественное служение... Уголовный защитник должен быть *vir bonus, dicendi peritus*, вооруженный знанием и глубокой честностью, умеренный в приемах, бескорыстный в материальном отношении, независимый в убеждениях, стойкий в своей солидарности с товарищами. Он должен являться лишь правозаступником и действовать только на суде или на предварительном следствии, там, где это допускается. Он не слуга своего клиента и не пособник ему в стремлении уйти от заслуженной кары правосудия. Он друг, он советник человека, который, по его искреннему

6 Плевако Ф.Н. Избранные речи. В 2 т. Том 1 / Ф. Н. Плевако; вступит ст. Г.М. Резника – М.: Издательство Юрайт, 2017. С. 5.

7 Арсеньев К.К. Главные деятели и предшественники судебной реформы / под ред. К. К. Арсеньева. СПб., 1904. С. 12.

убеждению, невиновен вовсе или вовсе не так и не в том виновен, как и в чем его обвиняют»⁸.

А.Ф. Кони всегда подчеркивал, что работа адвоката не сводится к защите только частного интереса своего клиента, но в своей деятельности он занимается общественным служением. Для него нравственность была одним из основных критериев работы не только адвокатуры, но и всей судебной системы, в связи с чем он призывал «к приведению нравственного чувства лучшей части общества в гармонию с задачами и приемами уголовной защиты»⁹. А.Ф. Кони отрицал любые попытки обратить правосудие для личных целей, призывая к соблюдению нравственного закона. Общественное служение и нравственность для него оставались приоритетными, ведь добросовестно исполняя свои обязанности защитника в каждом конкретно взятом деле, адвокат вносит свой вклад в формирование целостного нравственного облика всей адвокатуры, профессиональных принципов и прочных основ доверия общества к адвокатуре.

И такое понятие предназначения адвокатуры, выражающееся в общественном служении, появилось не случайно. В литературе отмечается, что предшественник современной адвокатуры институт присяжных поверенных «имеет более обширную задачу, чем служение одним частным интересам, задачу, состоящую в том, чтобы организовать среду людей, которые действовали бы на этом поприще в интересах общества и правосудия, не защищали бы заведомо безнравственных домогательств и пользовались бы только законными и честными средствами»¹⁰. Не удивительно, что сформировавшееся уже тогда понимание предназначения адвокатской деятельности перешло и в наши дни.

Ничего кардинально отличного мы не найдем и в работах одного из самых выдающихся представителей адвокатской профессии того времени Ф.

⁸ Кони А.Ф. Избранные труды и речи. Тула, 2000. С. 102-103.

⁹ Кони А.Ф. Указанное соч. С. 104.

¹⁰ Правила адвокатской профессии в России. Опыт систематизации постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты А.Н. Марков. М., 1913. С. 19-20.

Н. Плевако. Он отмечал, что адвокат-представитель обвиняемого выстраивает свои отношения на основе профессиональной морали. Однако процессуальная солидарность вовсе не означает, что «адвокат становится слугой, «рупором» своего клиента. Негоже защитнику говорить заведомую ложь, незачем выдавать сомнительные данные за достоверные, хоть этого и требует подзащитный»¹¹. В его речах красной нитью прослеживается повышенное чувство ответственности перед обществом и уважение к нормам морали и нравственности.

Но сказать, что адвокат занимается исключительно служением общественному интересу, будет в корне неверно. В одной из своих речей в разрезе противопоставлении адвоката и с прокурора Ф. Н. Плевако говорит о важности человека, вверившего адвокату свою защиту: «Между положением прокурора и защитника – громадная разница. За прокурором стоит молчаливый, холодный, незыблемый закон, а за спинами защитника – живые люди. Они полагаются на своих защитников, взбираются к ним на плечи, и... страшно поскользнуться с такой ношей»¹².

Ученые умы того времени сходились в позиции, что адвокатура, будучи независимой и свободной, призвана служить общественному интересу по средствам защиты каждого обратившегося к нему за помощью, но при этом совершенно неприемлемо попираť нормы морали и нравственности, отстаивая позицию, которая преследует цель получения результата, противному закону.

После переломного в отечественной истории 1917 года многое изменилось в укладе жизни государства, и это неизбежно повлекло за собой реформу и судебной системы. Декретом о суде № 1 1917 г. упраздняются все судебные учреждения, а Декретом о суде № 2 правозаступничество делится на два типа – общественное обвинение и общественная защита, т. е. члены коллегии защитников фактически признавались должностными лицами и получали содержание в размере оклада, устанавливаемого для народных

¹¹ Плевако Ф.Н. Указанное соч. С. 33.

¹² Плевако Ф.Н. Указанное соч. С. 327.

судей¹³. Упразднены такие правозаступники были Положением о народном суде РСФСР 1920 г.

Многие адвокаты были уничтожены физически как представители враждебного пролетариату класса, другие оказались в концлагерях, третьи, оставшиеся на свободе, – лишены права выступать в судах, и лишь немногим удалось эмигрировать за границу. Численность адвокатов в России сократилась с 13 тыс. (в 1917 г.) до 650 человек (в 1921 г.)¹⁴. В 30-х гг. XX века коллегии защитников были возвращены, но действовали они под непосредственным надзором и руководством областных, губернских и окружных судов. На протяжении всего XX в. институт адвокатуры претерпевал ряд законодательных изменений, незначительно меняющих некоторые аспекты его деятельности, но суть оставалась прежней – защитники находились в подчинении и под контролем государства.

При таком положении вещей было сложно говорить о самостоятельности, независимости и нравственности в адвокатской профессии. Эффективность работы адвоката в суде была ограничена в определенной степени заинтересованностью государства в обеспечении высокого уровня осуждения, именно поэтому адвокатам был затруднен доступ к доверителям и материалам дела до процесса, а иногда и во время него. При проведении расследования адвокаты расценивались как помеха, поскольку их внимание к соблюдению процессуальных норм мешало запутывать уголовное дело¹⁵. Перемены назревали уже в течение всего советского периода, и как результат в 90-х гг. XX века – нач. XXI в., все вопросы и противоречия в работе адвокатов вылились в принятие нового Закона об адвокатуре, о котором уже говорилось выше.

Рассматривая адвокатуру сквозь призму исторического развития – от времен расцвета присяжной адвокатуры XVIII-XIX вв. до перехода контроля за адвокатурой в руки государства, что фактически сделало ее зависимой и

13 Трунов И.Л. Экзамен на статус адвоката: учеб.- практ. пособие / И. Л. Трунов, Л. К. Айвар. - М.: Издательство Юрайт, 2013. С.16-17.

14 Кучерена А.Г. Указанное соч. С. 20.

15 Кучерена .А.Г. Указанное соч. С. 23.

лишенной процессуальной и административной самостоятельности – сегодня адвокатура является гарантом прав, свобод и законных интересов лиц, обращающихся за правовой помощью.

На сегодняшний день, адвокатура, не являясь ни органом государства, ни находясь от него в прямой зависимости, представляет собой институт, без которого невозможно представить себе нормальное функционирование ни общества в целом, ни правосудия в частности. Об этом нам говорит не только национальный закон, но и нормы международного права: Всеобщая декларация прав человека 1948г.¹⁶, Международный пакт о гражданских и политических правах 1996г.¹⁷, Европейская конвенция по правам человека и основных свобод 1950г.¹⁸ и др. Отдельно стоит сказать, что в этих документах напрямую идет речь не об адвокатуре, а о праве каждого на защиту и на обеспечение государством механизмов доступа к такой защите.

Но ведь именно создание государством условий для реализации этого права подразумевает в т. ч. создание независимой от государства структуры, которая будет способствовать такой защите на законной основе, а также наделение этой структуры определённым статусом: наборов прав, обязанностей и гарантий. В РФ такой структурой является адвокатура, которая при некоторой зависимости¹⁹ от государства все же остается независимой. Отсутствие адвокатского сообщества ведет к невозможности

16 Всеобщая декларация прав человека. [Электронный ресурс] : принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>. Ст.11.

17 Международный пакт о гражданских и политических правах [Электронный ресурс] : принят Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 16.12.1996 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>. Ст. 2, 4.

18 Европейская конвенция по правам человека [Электронный ресурс] : заключена в г. Риме 04.11.1950 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>. Ст.6.

19 Мы отмечаем, что адвокатура не является полностью независимой от государства. Во-первых, адвокатура базируется на нормах права, устанавливаемых исключительно государством, в которых предусматриваются не только права и гарантии адвокатуры, но и обязанности (уплата налогов, страхование ответственности, правила регистрации юридического лица и т.д.). Во-вторых, государство оставило за собой полномочие по контролю за адвокатурой (на примере отношений Министерства юстиций и адвокатского сообщества). В-третьих, государство официально закрепляет в процессуальных законах (УПК, АПК, ГПК, КАС РФ) перечень случаев, когда наличие в деле адвоката является обязательным – таким образом через инструменты, которыми обладает адвокатура, государство осуществляет защиту тех лиц, для которых эта защита в силу закона является обязательной. В-четвертых, государство в некоторых случаях осуществляет оплату труда адвоката. В-пятых, у адвоката, адвокатского образования, адвокатского сообщества есть право обратиться в суд за разрешением некоторых споров, касающихся осуществления адвокатской деятельности.

претворения в жизнь законов, попыткам сформировать нормальное правосудие. Поэтому деятельность адвокатуры предопределена ее направленностью – служением интересам граждан, отстаивающих свои законные права²⁰.

Если рассматривать отношения адвокатуры и суда на примере типично состязательных гражданских и арбитражных процессов, то вопрос о назначении адвокатуры не возникает – адвокат занимается представительством законного интереса своего клиента, исходя из того результата, который последний желает получить.

Здесь адвокат действует как представитель своего клиента и от лица своего клиента. Придерживаясь правовых принципов законности, а также требований нравственности и этики, адвокат осуществляет свою деятельность, оказывая правовое содействие. Но как быть в процессе, где адвокат выступает не как представитель, а как защитник, т. е. в процессе уголовном? Выступая защитником, адвокат отстаивает ключевые естественные права человека – на неприкосновенность, на жизнь и свободу, поэтому вектор его деятельности разворачивается в другую сторону, а на первый план выходит не правовое консультирование, сопровождение и т. д., а защита и контроль за соблюдением важнейших прав, свобод и интересов своего доверителя.

1.1 Модель взаимоотношений адвокатуры и государства в уголовном процессе

Когда речь заходит о защите прав доверителя в уголовном процессе, первый вопрос, который задаст себе любой исследователь – на каких основах выстраивается взаимодействие адвоката с органами государства и какое положение отводится адвокату в условиях, когда за расследованием уголовного преступления и последующего обвинения, оправдания стоит

20 Жадяева М. А. Адвокатура как жанр искусства // Адвокатская практика. – 2011. – № 6. – С. 42.

целая «государственная машина». Для того, чтобы оценить эти отношения, необходимо понимать в каком процессе они выстраиваются и какова цель всей уголовно-процессуальной деятельности. Ответ мы находим в начале уголовного процесса.

В уголовно-процессуальной литературе принято выделять два начала уголовного процесса – публичное и состязательное. В основании такого разделения лежит преобладание интереса, на защиту которого направлена уголовно-процессуальная деятельность. При всем стремлении ряда современных процессуалистов обнаружить или внедрить в российский процесс понятие состязательности, мы отталкиваемся от того, что исторически российский уголовный процесс сложился как публичный.

Состязательность провозглашена принципом уголовного процесса в ст. 15 УПК РФ – там закреплены основные критерии состязательности по мнению законодателя: разделение функция обвинения, защиты и суда; независимость суда; равноправие сторон перед судом. Далее законодатель делит всех участников процесса на суд, сторону защиты, сторону обвинения и других участников (разд. II УПК). Если есть стороны, значит есть противоборство, и должен быть спор – казалось бы.

Не углубляясь в понятие состязательного начала, мы отметим, что нынешний УПК полон норм, которые убеждают нас в противоположном, т. е. в отсутствии состязательности в российском уголовном процессе. Приведём простой пример. Ст. 74 УПК РФ гласит, что «доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела». Из этой формулировки напрашивается два вывода.

Во-первых, ст. 74 УПК говорит о суде, прокуроре, следователе (дознавателе), но не говорит об адвокате. Помимо этой нормы и УПК, и Закон об адвокатуре закрепляет, что адвокат лишён права на предоставление

доказательств. Но если адвокат не может полноценно вместе с другими государственными органами-участниками процесса участвовать в доказывании, (а оно является стержнем всей уголовно-процессуальной деятельности), то о каком процессуальном равенстве можно вести речь? Адвокат может лишь предоставить суду, следствию (дознанию) информацию, которая в будущем только может стать доказательством, т. е. в доказывании адвокат участвует опосредованно через процессуальное решение, принимаемое следователем / судом.

Во-вторых, органы государства обязаны устанавливать *наличие или отсутствие* обстоятельств, подлежащих доказыванию. Именно возложение на эти органы обязанности по установлению не только наличия, но и отсутствия обстоятельств из ст. 73 УПК наталкивает на мысль о том, что цель деятельности не сводится к слепому доказыванию позиции обвинения – следователь (дознаватель) должен установить как виновность, так и невиновность обвиняемого; как наличие деяния, так и его отсутствие. Имеет ли здесь место спор и противоборство? Очевидно, что нет – для законодателя важно установить картину случившегося в прошлом. И эта обязанность на орган, проводящий досудебное расследование, и суд, и при этом он не осуществляет ни функции обвинения, ни защиты.

Именно такая модель работы и характерна для процесса публичного типа, где «ведущей центральной деятельностью является деятельность компетентных органов публичной власти (субъектов уголовного процесса, субъектов доказывания), целью которой является *установление подлежащих доказыванию обстоятельств* (*курсив – мой*), а методом достижения данной цели – объективность, всесторонность и полнота»²¹. Цель установления обстоятельств ст. 73 УПК напрямую закреплена в ст. 85 УПК. Сущность российского процесса не спор, что характерно для состязательности, а **познание** картины прошлого. Такой процесс преследует цель защиты не отдельно взятого частного интереса, а публичного. Органы государственной

21 Брестер А. А., Панченко В. Ю. Публичное начало современного российского уголовного процесса и юридическая помощь // Адвокат. – 2012. – № 12. – С. 15-16.

власти должны установить картину прошлого в полном объеме, выявить и защитить законные интересы всех участвующих в уголовном процессе и на основе баланса интересов принять социально значимое решение²².

Как пишет А. С. Барабаш: «Стержнем такого (*публичного* – прим.) процесса является познание, которое не может быть представлено как некий прямолинейный процесс с заранее известным результатом, он может быть разным и в силу этого удовлетворять одних участников процесса и приносить огорчение другим. Но ни тот и ни другой участник процесса в данной схеме не имеют друг перед другом никаких преимуществ, их интересы выясняются и защищаются при соответствии публичным интересам. Таким образом, при познании действительных обстоятельств происшедшего нет места состязательности»²³.

Однако наличие в кодексе слова «состязательность» для органов расследования является причиной видеть в адвокате не лицо, состоящее на защите прав, свобод и законных интересов его доверителя, а как процессуального противника и помеху в проведении расследования²⁴. Отметим, что противоборство как модель отношения защитника и обвинителя характерна для состязательного процесса, где стороны равноправны, и где они не познают случившееся в прошлом, а формируют свою позицию с целью убедить в своей правоте суд. Но, как мы выяснили ранее, цели публичного процесса совсем иные.

Поэтому представляется, что отношение к защитнику, как к «помехе» не является верным. Видится, что основная проблема такого отношения кроется в правопонимании и правосознании практикующего юриста. И это касается не только следователя (дознателя), который осуществляет познавательную деятельность, но и адвокатов, которые неправильно

22 Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2009. С. 27.

23 Барабаш А.С. Указанное соч. С. 64.

24 Брестер А.А., Белецкая Л.С. Модели взаимоотношения следователя и защитника на стадии предварительного расследования // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ответственные редакторы М.К. Свиридов, Ю.К. Якимович; под редакцией О.И. Андреевой, И.В. Чадновой. Томск, 2015. С. 76-77.

определяют свою роль в производстве по уголовному делу и могут вести себя пассивно.

Вопрос об определении места защиты в уголовном процессе действительно непрост. Адвокатура, балансируя между нормами права, этики и морали иногда может попадать в сложные этические ситуации, в связи с чем необходимо определиться с тем, что должен делать защитник при расследовании преступления.

Однако, если мы коренным образом отказываемся от принятия модели противоборства сторон и называем российский уголовный процесс публичным, то мы также соглашаемся и с тем, что единственные субъекты уголовно-процессуальной деятельности – это следователь и суд. Эти органы должны разобраться в случившемся, собрать доказательства и полно, всесторонне, объективно и неукоснительно в соответствии с буквой закона установить картину прошлого. Это касается, как ситуаций с обвинением определенного лица, так и ситуаций, когда следователь или суд приходит к выводу о его невиновности, отсутствии события и т.д. Если субъект деятельности все сделал правильно, пришел к правильным выводам, то он добивается цели процесса – он теперь знает, что было в прошлом – и не важно, вывод ли это о виновности или о невиновности.

Такова идеальная модель публичного процесса, и при правильной работе следователя и суда, адвокат тут, казалось бы, и вовсе не нужен. Мы помним, что адвокатура призвана защищать права, свободы и законные интересы своих доверителей. Но нельзя не согласиться с тезисом, что «реализуя все принципы процесса, основанного на публичном начале, органы государства при установлении всех обстоятельств, подлежащих доказыванию, обязаны выявить и защитить не только интересы общества, но и законные интересы лиц, участвующих в уголовном процессе»²⁵. Таким образом один орган, ведущий расследование, способен и достичь цели своей

25 Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб, 2009. С. 371-372. / Цит. по: В. В. Пономарева И. А. Шевченко. Назначение адвокатуры в уголовном процессе, построенном на публичном начале. Казанская наука. N 11. 2012. С. 258.

деятельности, и защитить права участвующих в ней лиц. Но так ли всё просто на самом деле?

Ответ на этот вопрос мы можем обнаружить в самой природе человеческого мышления. Человек склонен верить в результат своего труда, а также склоняться к одному единственному выводу, к которому он приходит в процессе той или иной деятельности. Об этом также говорится в уголовно-процессуальной науке. С. А. Шейфер отмечает, что «следователь не может не испытывать чувства раздвоенности, сознавая себя, с одной стороны, обвинителем, а с другой – лицом, обязанным опровергать себя как обвинителя, собирая и исследуя оправдывающие обвиняемого доказательства»²⁶. Безусловно, грамотный и ответственный следователь ставит себя в позицию объективного исследователя, не стараясь во что бы то ни стало обвинить. Именно здесь и возникает необходимость в фигуре защитника.

«Нет деятеля, который был бы застрахован от ошибки, не исключается и возможность злоупотреблений. Чтобы минимизировать негативные последствия этого в отношении обвиняемого, и нужен защитник. Отстаивая по конкретному делу права своего подзащитного, его законный интерес, он тем самым добивается полной реализации публичного начала в процессе»²⁷, – отмечает А. С. Барабаш. И здесь нельзя сказать, что защитник становится по «ту сторону баррикад», стараясь вмешаться или воспрепятствовать деятельности познающего субъекта. Наоборот, он служит помощником следствия в тех случаях «когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. В этом смысле он не противостоит органам государства, а при квалифицированной их работе – взаимодействует с ними и помогает им тем, что вовремя

²⁶ Шейфер С.А. Следственная власть: история и современность // Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы международной научной конференции. М.: ЗАО «Акцион-Медиа», 2012. С. 113.

²⁷ Барабаш А.С. Указанное соч. С. 371-372.

указывает на ошибки и запускает механизмы их исправления в интересах своего подзащитного»²⁸.

А в особенности фигура адвоката для «корректировки» деятельности познающего необходима в тех случаях, когда следователь (дознатель) начинают работать по модели противоборства, воспринимая адвокатов-защитников как помеху, а в худших случаях – сознательно идти на злоупотребления. Адвокат, с одной стороны, отстаивает права и законные интересы своего доверителя, а с другой – стоит на страже общественного интереса, удерживая органы государства от произвола, злоупотреблений и ошибок. Включаться адвокату в деятельность следует в тех случаях, когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. Его деятельность – гарантия реализации органами государства публичности в полном объеме²⁹.

При этом не стоит забывать, что законом на адвоката не возложена обязанность по доказыванию. Более того, законодатель лишил адвоката внутреннего убеждения. Но лишает ли это его возможности действовать при осуществлении защиты в случае необходимости? Какими инструментами может пользоваться адвокат на этапе доказывания?

В литературе главным средством защиты прав и интересов подозреваемого и обвиняемого называется сомнение³⁰. Как уже отмечалось, бремя доказывания лежит на органах государства, поэтому установить картину прошлого на базе совокупности доказательств – их прямая обязанность. Но если совокупность собранных логических и информационных доказательств не приводит к выводу о виновности доверителя, или же если где-то обнаруживается противоречие, то задача адвоката – сделать это противоречие очевидным, то есть зародить сомнение, подвергнуть полученный ранее вывод критике. После органы государства должны устранить это сомнение. Если им этого сделать не удалось, то в силу

28 Брестер А. А., Панченко В. Ю. Указанное соч. С. 18.

29 Барабаш А. С., Шафиров В.М. Основа отношений между субъектами уголовного процесса и адвокатом / А. С. Барабаш, В. М. Шафиров. // Академический юридический журнал. – 2012. – № 4. – С. 39.

30 Барабаш А. С., Шафиров В.М. Указанное соч. 4. С. 38.

вступает правило, согласно которому любое неразрешённое сомнение, как известно, толкуется в пользу обвиняемого – предназначение защитника выполнено.

И именно ситуация с обнаружением недостатков и зарождением сомнения делает для нас очевидной вторую модель взаимодействия защитника с субъектами уголовного процесса – *модель взаимодействия*. Нельзя отрицать, что указывая на пробелы и ошибки, адвокат способствует познавательной деятельности следователя (дознателя) и суда, при этом напрямую не участвуя в доказывании как таковом. И на протяжении всего процесса адвокат, глядя как бы «со стороны» и осуществляя защиту своего доверителя, способствует реализации цели уголовно-процессуальной деятельности в целом.

Мы ранее уже говорили о том, что адвокат не приобщает доказательства, а лишь предоставляет информацию, которая решением субъекта доказывания позже может таковым стать. И это еще один аспект взаимодействия – адвокат, защищая интерес своего клиента, косвенно помогает следователю в сборе доказательственной базы, а иногда даже вместе с ним оценивает доказательства и/или их совокупность. Приведём пример – когда адвокат пишет ходатайство о приобщении каких-либо сведений в качестве доказательств, он должен обосновать, пользуясь законом и логикой, относимость этих сведений, указывая на возможную связь предлагаемой им информации с другими материалами уголовного дела. При этом защитник проделывает большую работу, которая впоследствии может помочь познающему субъекту.

Стоит еще раз отметить, что помогать следствию – не самоцель деятельности адвоката. Для него первоочередное – защита законных интересов, прав и свобод его доверителя. Но в случаях, когда выбранная линия защиты предполагает активное участие (сбор информации, подача ходатайств и пр.), мы можем однозначно утверждать, что адвокат не становится противоположной следствию стороной, а наоборот – познающий

субъект должен воспринимать его как источник информации, как помощника в составлении полной картины прошлого ради достижения целей уголовно-процессуальной деятельности.

Завершая данный параграф, отметим ещё один важный момент.

В литературе верно отмечено, что адвокат-защитник выполняет несколько очень важных функций в уголовном процессе: (1) функция препятствования односторонности, (2) функцию профессиональной юридической критики конкретной правоприменительной деятельности, (2) компенсаторную (компенсирующую) функцию³¹. Если первые две мы уже раскрыли, то теперь необходимо сказать пару слов о последней.

Компенсаторная (компенсирующая) функция заключается в восполнении у получателя недостатков юридических знаний, умений и навыков правовой деятельности, использовании тех или иных средств юридического характера для удовлетворения своих индивидуальных интересов.³² Человек, попадая в ситуацию, когда в отношении него ведется расследование, уже чувствует себя испуганным – при таких обстоятельствах большинство подозреваемых, обвиняемых как - никогда нуждаются в помощи. Особенно в тех случаях, когда практически все значимые для него решения оформляются на юридическом языке, который ему не знаком. Подозреваемому, обвиняемому нужен защитник, который наглядно ему объяснит все процессы, происходящие вокруг него, и их потенциальные последствия.

В уголовном процессе эта функция защитника в разы важнее, нежели когда речь идет о представительстве по другим категориям дел. Например, в гражданском или арбитражном процессе клиент может путем подписания доверенности передать свои права адвокату и устранившись из дела, полностью передав все дела юристу. Уголовный процесс не допускает замены обвиняемого на защитника – они являются разными

³¹ Брестер А. А., Панченко В. Ю. Указанное соч. С. 13-21.

³² Панченко В.Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории): монография / В. Ю. Панченко. - Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2011. С. 160 – 176.

процессуальными фигурами с разным процессуальным статусом, и правовое консультирование носит постоянный непрерывный характер.

2 Позиция адвоката – защитника по уголовному делу

2.1 Место и роль адвоката-защитника в уголовном процессе

Прежде чем перейти к рассмотрению вопроса о том, что представляет собой позиция адвоката – защитника по уголовному делу, необходимо определить место и роль адвоката – защитника в уголовном процессе, построенном на публичном начале.

Раздел второй Уголовно – процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) посвящен участникам уголовного судопроизводства, среди которых законодатель выделил: суд, участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения, участников со стороны защиты и иных участников уголовного судопроизводства.

Нормы, определяющие статус и место адвоката в уголовном процессе закреплены в статьях 49-53 УПК РФ. Таким образом, законодатель относит адвоката именно к участникам со стороны защиты.

Следует отметить, что законодательно закрепленная классификация критикуется многими учеными.³³ И, как верно отмечает А.С. Барабаш, «следует обратить внимание читающего на то, что, несмотря на огромное различие процессуальных прав и обязанностей, положим судьи и понятого, для законодателя они (и тот, и другой) - участники уголовного судопроизводства. Можно ли столь разное обозначать одинаково? Представляется, что подобное отношение - не только результат несовершенства законодательной техники, это следствие не разработанности базовых понятий, позволяющих дифференцировать лиц и органы, деятельность которых предусмотрена уголовно-процессуальным законодательством».³⁴

Следует заметить, что критикуя законодательно закрепленную классификацию участников, в теории существует не только проблема

33 Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса в 2-х томах, Т.1/ М.С. Строгович - М.: «Наука», 1968. С 44., Деришев Ю.В. Органы предварительного расследования России: прошлое, настоящее, будущее: учеб. пособие / Ю.В. Деришев – Омск: Юрид. ин-т МВД России, 1998. С 49., Барабаш А.С. Субъекты уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуального доказывания / А.С. Барабаш // Сибирские юридические записки: Ежегодник Ассоциации юридических вузов «Сибирь». Вып. 1. Краснояр. ун-т. Красноярск. - 2002. С. 123-135., Якимович Ю.К. Избранные труды – СПб.: «Юридический центр – Пресс», 2011.С. 530 – 535

34 Барабаш А.С. Природа Российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. –С.-Пб.: «Юридический центр Пресс», 2005. С. 217.

отнесения тех или иных лиц, участвующих в уголовном процессе к определенной категории, но и первоочередная проблема о разграничении и содержании таких категорий как «субъект уголовного процесса», «участник уголовного процесса» и «субъект уголовно – процессуальных отношений».

Анализ юридической литературы позволяет выделить три основные позиции понимания указанных категорий.

Так, к первой группе ученых относятся Шпилев В.Н., Божьев В.П. и др.³⁵, которые считают, что понятия «участник процесса» и «субъект уголовного процесса» являются равнозначными по своей природе. В число участников (субъектов) уголовного процесса они включают тех, кто выполняет уголовно процессуальные функции; лиц, ведущих уголовный процесс; лиц, защищающих свой личный интерес, и иных участников, которые оказывают содействие органу, ведущему уголовный процесс, и при этом не имеющие никакого личного интереса в деле.³⁶ В данной классификации адвокат является субъектом (участником), защищающим лиц, имеющих личный интерес.

Вторая группа ученых - Lupинская П.А, Якимович Ю.К указывают, что «понятия субъектов процесса и участников процесса соотносятся между собой как род и вид. Каждый участник процесса является его субъектом, но не каждый субъект процесса является его участником».³⁷ Участники процесса, в отличие от иных его субъектов: а) отстаивают в деле определенный интерес; б) наделены широкими процессуальными правами, позволяющими активно участвовать в процессе и влиять на движение и исход дела.³⁸

На основании этих критериев все участники процесса подразделяются на две группы. «В одну из них входят органы государства и должностные

35 Якимович Ю.К. Избранные труды – СПб.: «И.- Юридический центр – Пресс», 2011. С. 534.

36 Шпилев В.Н. Участники уголовного процесса / В.Н. Шпилев. - Минск: БГУим В.И. Ленина, - 1970. С.61-67, Уголовный процесс: учебник для высших юридических учебных заведений, издание 4-ое / Под ред. В.П. Божьева. - М.: Статус, 1998.С. 115.

37 Lupинская П.А. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебное пособие/ Отв. ред. П.А. Lupинская. - М.: Юрист, - 2005. С. 60.

38 Lupинская П.А. Указанное соч. С. 72-73.

лица — суд (судья), прокурор, следователь, начальник следственного отдела, орган дознания и лицо, производящее дознание (дознаватель), которые осуществляют производство по делу, занимают в нем ведущее положение и отвечают за ход и исход процесса. Каждый из них действует в пределах своих полномочий, решает в процессе свои специальные задачи и использует для этого особые процессуальные средства. Другая группа - участники уголовного процесса: подозреваемый, обвиняемый, их защитники, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители».³⁹ Согласно данной позиции, адвокат (защитник) является участником уголовного процесса.

Следует обратить внимание, что многие ученые⁴⁰ сходятся во мнении, что субъект уголовно-процессуальных правоотношений – это абстрактная фигура, а именно все, кто согласно УПК РФ имеют какие-либо права и обязанности и могут реализовать их в рамках уголовно – процессуальной деятельности. Данную позицию поддерживает, в том числе А.С. Барабаш, который является представителем третьей группы авторов.

Всех субъектов уголовно-процессуальных отношений, по их мнению, стоит разделять на субъектов уголовного процесса, участников уголовного процесса и иных лиц, участвующих в уголовном процессе. Критериями для их разделения являются основания, роль, цели деятельности в уголовном процессе и ответственность за ее результат.

Субъект уголовного процесса, в отличие от участника уголовного процесса, соответствует следующим критериям:

Во - первых, является активной фигурой в уголовном процессе, так как согласно УПК РФ на нем лежит обязанность достижения целей уголовного процесса (он осуществляет уголовно-процессуальную деятельность).

39 Лупинская П.А. Указанное соч. С. 72.

40 Барабаш А.С. Субъекты уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуального доказывания / А.С. Барабаш // Сибирские юридические записки: Ежегодник Ассоциации юридических вузов «Сибирь». Вып. 1. Краснояр. ун-т. Красноярск. – 2002. – С. 123-135., Строгович, М.С. Курс уголовного судопроизводства в 2-х томах, Т.1/ М.С. Строгович - М.:«Наука», 1968. С. 44.

Во - вторых, определяет ход уголовно-процессуальной деятельности, руководит ею, обладает распорядительными полномочиями.

В - третьих, несет ответственность за осуществление своей деятельности и ее результат

В - четвертых, преследует государственный (общественный) интерес.⁴¹ Таким образом, к субъектам уголовного процесса можно отнести – следователя, дознавателя, прокурора и суд.

Участники же уголовного процесса обладают другими характерными чертами: вступают в уголовный процесс посредством привлечения их субъектами уголовного процесса; имеют в деле определенную заинтересованность; не определяют ход уголовно-процессуальной деятельности и, соответственно, не несут ответственности за нее, но имеют определенный набор прав и обязанностей для реализации своих интересов.⁴² В число участников включаются – потерпевший, подозреваемый, обвиняемый, гражданский истец и др.

И наконец, иные лица, имеющие уголовно-процессуальные права, обязанности и вступающие во взаимодействие для реализации своих прав и обязанностей (лица участвующие в уголовном процессе). Они также как и участники привлекаются субъектами уголовного процесса, но не имеют интереса в исходе дела, а лишь способствуют разрешению дела. Среди них выделяют: специалиста, эксперта, переводчика, понятого и др.

Анализируя представленные точки зрения ученых, можно сделать вывод о том, что адвокат - защитник относится к категории участников уголовного процесса, который обладает особым статусом, поскольку не имеет своего интереса, а представляет интересы других участников - подзащитного и, как и другие участники, привлекается в уголовный процесс субъектом уголовно-процессуальной деятельности.

41 Барабаш А.С. Указанное соч. С. 123-135.

42 Барабаш А.С. Указанное соч. С. 123-135.

Так, определив, место адвоката – защитника в уголовном процессе, построенном на публичном начале, необходимо перейти к рассмотрению вопроса о его деятельности.

В соответствии с ч.1 ст. 49 УПК РФ, защитник – это лицо, осуществляющее в установленном порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. Так что же все-таки является функцией деятельности адвоката в уголовном процессе? Защита прав и интересов или оказание юридической помощи?

В работах, посвященных исследованию понятия, содержания и предмета защиты в уголовном процессе, обращается внимание на то, что под защитой необходимо понимать совокупность процессуальных действий адвоката и его подзащитного, направленных на опровержение обвинения или смягчение ответственности обвиняемого.⁴³ Предмет же защиты отвечает на вопрос о том, на что она направлена, к чему стремятся субъекты, осуществляющие защиту. Исходя из этого, в предмет защиты включают интересы обвиняемого, его субъективные права и нарушенные субъективные права.⁴⁴ Так, например, А.М. Ларин, считает, что «защита есть деятельность, состоящая в формулировании и отстаивании вывода о том, что данное лицо не совершало общественно опасное деяние либо деяние и лицо, его совершившее, не столь опасны, как утверждают те, кто осуществляет уголовное преследование».⁴⁵

Существует и иные трактовки. Так, например, В.Ю. Панченко пишет, что «защита - это деятельность защитника, осуществляемая в случае совершённого или совершаемого нарушения прав, свобод или законных

43Адаменко В.Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого: монография / ред.: В.Д. Адаменко, М.К. Свиридов - Томск: Изд-во Том. ун-та, 1983. С. 113. Адаменко, В.Д. Субъекты защиты обвиняемого: монография / Адаменко В.Д. - Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1991. С.5., Лубшев, Ю.Ф. Адвокат в уголовном деле: учебно-практ. пособие / под ред. И.Б. Мартковича. - М., 1999. С. 301.

44 Адаменко В.Д. Указанное соч. С. 114.

45Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции: монография / под ред. А.М. Ларина. - М.: Юрид. Лит., 1986.С. 136.

интересов обвиняемого и направленная на обеспечение реализации нарушенного права, свободы или законного интереса».⁴⁶

На мой взгляд, следует согласиться с последним пониманием защиты, поскольку оно в полной мере раскрывает сущность и содержание защиты.

Кроме того, следует заметить, что в публичном уголовном процессе, где органы расследования должны осуществлять всестороннее, полное и объективное расследование, защита может и не понадобиться вовсе. Осуществлять защиту прав и интересов, адвокату приходится лишь в тех случаях, когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. В этом смысле он не противостоит органам государства, а при квалифицированной их работе – взаимодействует с ними и помогает тем, что вовремя указывает на ошибки и запускает механизмы их исправления.⁴⁷ Поэтому защитник, осуществляя права и обязанности, предусмотренные законодательством, оказывает квалифицированную юридическую помощь.

Что же касается понятия юридической помощи, то в действующем законодательстве отсутствует его легальное определение.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», понятие адвокатской деятельности раскрывается именно через квалифицированную юридическую помощь, оказываемую на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию.

В процессе осуществления адвокатской деятельности (оказания юридической помощи) в уголовном процессе, адвокат дает консультации по правовым вопросам, составляет заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера, собирает сведения, необходимые для оказания юридической помощи.

⁴⁶ Панченко В.Ю. Указанное соч. С.133.

⁴⁷ Брестер А.А. Указанное соч. С.120.

Соответственно, можно согласиться со следующим определением понятия юридической помощи: «юридическая помощь – это осуществляемое средствами юридического характера адресное невластное профессиональное и организованное содействие реализации правовых возможностей субъекта права в целях преобразования проблемной правовой ситуации и максимально благоприятного удовлетворения его индивидуальных интересов».⁴⁸

Таким образом, «в публичном уголовном процессе, где органы расследования должны осуществлять всесторонне, полное и объективное расследование, защита может не понадобиться. Осуществлять защиту адвокату приходится лишь в тех случаях, когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. В этом смысле он не противостоит органам государства, а при квалифицированной их работе – взаимодействует с ними и помогает тем, что вовремя указывает на ошибки и запускает механизмы их исправления»⁴⁹. Поэтому защитник, осуществляя права и обязанности, предусмотренные законодательством, оказывает квалифицированную юридическую помощь. Осуществляя юридическую помощь, в случае «проблемных правовых ситуаций» адвокат будет осуществлять и защиту, при этом последняя является одним из направлений юридической помощи, и, по мнению некоторых авторов, приоритетным⁵⁰.

Иными словами, деятельность адвоката в публичном уголовном процессе направлена на предотвращение односторонности в деятельности органов государства.

2.2 Сущность и содержание понятия позиция адвоката - защитника по уголовному делу

48 Панченко В.Ю. Указанное соч. С. 134.

49 Брестер А.А. Указанное соч. С. 119

50 Игнатов С.Д. Адвокатская деятельность и проблемы ее совершенствования в условиях судебно-правовой реформы: учебное пособие /С.Д. Игнатов. – Ижевск: Детектив – информ., 2000. С. 3.

Умение адвоката – защитника верно определять позицию по делу является одним из важнейших условий оказания им квалифицированной юридической помощи, которая гарантирована каждому Конституцией Российской Федерации.

В Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» указывается, что «адвокат не вправе занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора»⁵¹.

Практически аналогичная норма закреплена в п. 2 ч.1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката (далее – КПЭА), где указывается, что «адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле, за исключением случаев, когда адвокат – защитник убежден в наличии самооговора своего подзащитного»⁵².

Однако, несмотря на то, что в действующем законодательстве неоднократно используется такое понятие, как «позиция по делу», его легальное определение отсутствует, что является предметом многочисленных дискуссий и вызывает противоречия не только в юридической литературе, но и в практике.

В толковом словаре русского языка С.И. Ожегова, слово «позиция»⁵³ толкуется, как определенная точка зрения, мнение в каком-либо вопросе.

В современном словаре русского языка Т.Ф. Ефремовой, слово «позиция»⁵⁴ раскрывается как точка зрения, отношение к чему-либо, определяющие характер действия, поведения.

Большой энциклопедический словарь определяет слово «позиция», как точку зрения по какому-либо вопросу; определенную оценку какого-либо

51 Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ ред. от 13.07.2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

52 Кодекс профессиональной этики адвоката [Электронный ресурс] : принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003 ред. от 22.04.2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

53 Ожегов С.И. Словарь русского языка. Государственное издательство иностранных и национальных словарей. М. – 1953. С. 498.

54 Толковый словарь русского языка под редакцией Ефремовой Т.Ф. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://slovoonline.ru/slovar_efremova/

факта, явления, события; действие, поведение, обусловленное этим отношением, оценкой⁵⁵.

Как мы видим, понятие «позиция» вошло в российский обиход с различными смысловыми значениями, но близкими по своему содержанию. Так, в самом общем виде, под позицией следует понимать определенную точку зрения, мнение по какому-либо вопросу, произошедшему событию.

По мнению А.В. Гриневой, понятие «позиция» имеет еще и философские основания и означает построение чего - либо, соотношение предметов и вещей в природе⁵⁶.

Не оспаривая того, что понятие «позиция» может иметь как этимологические, так и философские основания возникновения, происхождения, необходимо наполнить данное понятие и юридическим смыслом.

Как уже указывалось ранее, понятие «позиция по делу» нормативно не закреплено на законодательном уровне и, как указывает Е.Ю. Львова, каждый адвокат определяет указанное понятие по-своему, а именно, как:

- 1) результат, которого хочет добиться защитник;
- 2) версия клиента, разработанная (или поддержанная) адвокатом;
- 3) содержание заключительной речи в прениях;
- 4) план защиты;
- 5) отношение защитника к обвинению, предъявленному его подзащитному;
- 6) оценка защитой обстоятельств дела;
- 7) совокупность обстоятельств, указывающих на невиновность или смягчающих ответственность клиента;
- 8) своя версия события преступления по отношению к обвинению;
- 9) участие в процессе установления истины по делу;

⁵⁵Большой Энциклопедический Словарь [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.vedu.ru/bigencdic/48832>

⁵⁶ Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

10) действия, направленные на достижение положительного результата в интересах подзащитного⁵⁷.

В свою очередь, В.Л. Кудрявцев отмечает, что в юридической литературе существуют и иные трактовки данного понятия:

- формулирование решающего вывода о виновности или невиновности подсудимого;
- установление конкретных целей деятельности защитника, а также методов их достижения дозволенными законом средствами;
- отношение защиты к обвинению, то, что защита противопоставляет обвинению;
- складывающийся у него в тот или иной момент процесса вывод о доказанности или недоказанности обвинения в целом или отдельных его частей и средствах и методах реализации этого вывода в интересах обвиняемого;
- процессуальное выражение отношения защитника к обвинению (подозрению), гражданскому иску;
- сложное, многогранное понятие, определяемое и как результат деятельности защитника, и как процесс этой деятельности; как оценка обвинения, так и отношение к нему; как сама версия защиты, так и ее формирование⁵⁸.

На мой взгляд, представленные определения имеют общий характер и, исходя из их анализа, получается, что позиция – это все то, что делает защитник и чего он добивается. Кроме того, остается неясным, что именно В.Л. Кудрявцев понимает под «результатом деятельности защитника».

В процессуальной литературе высказано мнение о том, что «позицию» следует понимать, как версию, отражающую фактическую и юридическую картину случившегося с точки зрения обвинения и с точки зрения защиты».⁵⁹

57 Львова Е.Ю. Защита по уголовному делу: Пособие для адвокатов / Под ред. Е.Ю. Львовой. М., 2002. С. 32.

58 Кудрявцев В.Л. Проблемы формирования и реализации позиции адвоката-защитника на судебном следствии // Адвокат. - 2005.- №4.- С. 8.

59 Львова Е.Ю. Указанное соч. С. 33.

В данном случае используется одно из базовых понятий в криминалистике, такое, как версия. Исходя из этого, многие авторы⁶⁰ считают необходимым подчеркнуть принципиальные различия между понятием «позиции по делу» и понятием «версии». Как указывает профессор Н.П. Яблоков, «версия – это логически построенное и основанное на фактических данных обоснованное предположительное умозаключение следователя (других субъектов познавательной деятельности по уголовному делу) о сути исследуемого деяния, отдельных его обстоятельствах и деталях и их связи между собой, требующее соответствующей проверки и направленное на выяснение истины по делу».⁶¹

Как верно указывает В.Л. Воскобитова, «...для защиты, как правило, позиция - не предположение, а сознательно выработанная и предлагаемая к обсуждению интерпретация обстоятельств дела».

В свою очередь, профессор А.Г. Кучерена считает, что «понятие «позиция адвоката» представляет собой субъективное мнение адвоката относительно сущности и характера того дела, с которым физическое или юридическое лицо обратилось к нему, а также намерения адвоката относительно конкретных действий, которые он предполагает предпринять по защите прав, свобод и интересов доверителя».⁶²

Однако любое ли субъективное мнение адвоката можно считать его позицией по делу? И не должно ли оно тяготеть к объективности?

Помимо указанных определений, Стецовский Ю.И., Мирзоев Г.В., акцентируют внимание на том, что «позиция защитника - это его мнение по вопросам вины и ответственности подзащитного, которое он отстаивает всеми не запрещенными законом средствами и способами»⁶³.

60 Воскобитова Л.А., Лукьянова Л.П., Михайлова М. Адвокат: навыки профессионального мастерства / Под ред. Л.А. Воскобитовой, И.Н. Лукьяновой, Л.П. Михайловой. М., 2006. С. 168.

61 Яблоков Н.П. Криминалистика: Учебник / Отв. редактор Н.П. Яблоков – 3-е издание.- М.: Юрист, 1995. С. 121.

62 Кучерена А.Г. Адвокатура: Учебник.- М., 2004. С. 195.

63 Стецовский Ю.И., Мирзоев, Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус: Монография. М., 2003. С. 48.

Критикуя представленное Стецовским Ю.И., Мирзоевым Г.В. понятие «позиции по делу», А.А. Колмацуй указывает, что «данное определение не может считаться полным, раскрывающим сущность позиции»⁶⁴, с чем следует согласиться.

Анализ представленных определений в целом позволяет сделать вывод о том, что среди российских ученых не сформировалось единого мнения относительно исследуемого понятия. Кроме того, приведенные трактовки позволяют заметить, что за основу везде берутся лишь отдельные стороны, а не проблема в целом.

А.А. Колмацуй предлагает следующее определение: «Позицию по делу возможно определить, как фактическую модель случившегося с точки зрения защитника, квалифицированную юридически и получившую свое развитие в ходе первоначального анализа дела, заявленную и доказываемую стороной в ходе судебного разбирательства дела, окончательно сформированную в судебных прениях с целью получения определенного результата по делу».⁶⁵

Определяя понятие позиции по делу, А.А. Колмацуй предлагает обратиться к разработкам в области моделирования. При этом указывает, что понятие модели является криминалистическим, но «наполняя его процессуальным содержанием, мы приходим к определению позиции по делу»⁶⁶.

На мой взгляд, с определением, представленным А.А. Колмацуй, можно согласиться в части определения понятия «позиции по делу» с точки зрения фактической модели, которую можно представить следующим образом: доказательства – факты – право – вывод. При этом «базой для построения модели будут служить имеющиеся в наличии к моменту ее формирования доказательства. На основе исходных данных строится объяснение факта или события, то есть их мыслительная модель, имеющая

64 Колмацуй А.А. Понятие позиции по делу, формируемой защитником в ходе подготовки к судебному заседанию // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей /Под ред. М.К. Свиридова. – Томск, 2005. С. 105.

65 Колмацуй А.А. Указанное соч. С. 107.

66 Колмацуй А.А. Указанное соч. С. 107.

основой процессуальную роль защитника и содержащая не только представление о сущности объясняемого, но и выводы о тех «опорных пунктах», установление которых позволяет подтвердить или опровергнуть эту мыслительную модель»⁶⁷.

Кроме того, отдельного внимания заслуживает понятие, представленное М.С. Рудаковой, которая под позицией понимает «обоснованное (то есть имеющее под собой материально-правовую базу) мнение адвоката относительно всех процессуальных и материальных элементов разрешаемого уголовного дела (по поводу квалификации деяния, отдельных фактических обстоятельств, их доказанности, промежуточных выводов, законности, процессуальных действий следователя и др.)»⁶⁸.

Так, автор указывает, что под позицией следует понимать не просто мнение или субъективное мнение адвоката относительно сущности и характера дела, а мнение обоснованное, то есть имеющее под собой материально – правовую базу. Кроме того, М.С. Рудакова указывает, что понятие позиции по делу включает в себя фактическую и юридическую картину произошедшего события – фактические обстоятельства, квалификацию и т.д.

В ходе проведенного нами анкетирования, адвокаты на вопрос: *«Выражена ли позиция адвоката в данном случае: Защитник на вопрос суда ответил: «Мой доверитель невиновен!»*, дали следующие ответы:

10. Выражена ли позиция адвоката-защитника в данном случае?

25 ответов

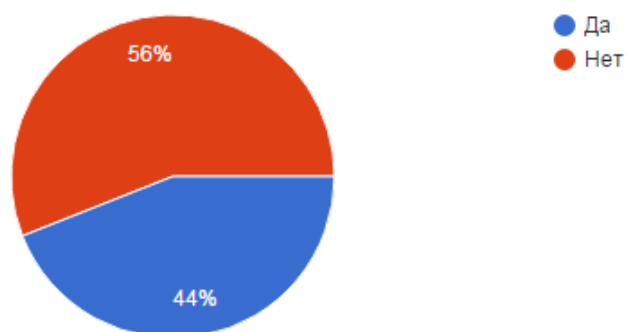


Рисунок 1 – Ответы адвокатов на вопрос анкетирования № 10

Так, мнения практикующих адвокатов в данном вопросе разделились, что свидетельствует о неоднозначности понимания позиции адвоката – защитника по уголовному делу. При этом некоторые адвокаты смогли пояснить свои ответы: «Словом «да» или «нет» можно выразить отношение к виновности, но не позицию... Позиция, это нечто большее, чем три буквы»; «Позиция включает аргументацию, на мой взгляд»; «Позиция выражается в мотивах несогласия с обвинением»; «Выражена позиция подзащитного»; «Позиция не может быть безосновательной» и т.д.

Таким образом, даже несмотря на различную аргументацию, адвокаты все же считают, что мнение адвоката должно быть обосновано и иметь под собой определенную аргументацию, что подтверждает некоторые промежуточные выводы.

М.В. Маслова указывает, что «анализ имеющихся фактических обстоятельств по конкретному уголовному делу предполагает деятельность защитника по определению событий и явлений реальной действительности, которые, как правило, имели место в прошлом. Анализируя фактические обстоятельства по уголовному делу, защитник имеет дело не столько с фактами как реальными, единичными и конкретными событиями или их результатами, сколько с их отражением (следами) в окружающей действительности»⁶⁹.

Действительно, позиция по делу не может быть определена без анализа фактических обстоятельств уголовного дела. И, как верно пишет А.А. Орлов, «анализ фактических обстоятельств уголовного дела направлен на то, чтобы вычленив из всего многообразия и объема содержащейся в деле информации те обстоятельства, которые составляют суть юридической

69 Маслова М.В. Содержательный аспект позиции защитника по уголовному делу: факты и доказательства // Современное право. – 2015. - № 5. - С.103.

проблемы, то есть имеют юридическое значение»⁷⁰. В данном случае речь идет о фактической позиции.

«Фактическую позицию адвокат вырабатывает на основе анализа, оценки и проверки имеющихся в деле доказательств. Это позволит ему установить, по какому эпизоду обвинения есть доказательства, по какому нет, какими доказательствами обосновывается то или иное обвинение, какое из этих доказательств ложное, противоречивое, не обладает признаком допустимости»⁷¹, - пишет Е.А. Галоганов.

Кроме того, позиция по делу должна иметь еще и правовое, нормативное обоснование тех вопросов, которые имеют юридическое значение. Как верно указывает А.Т. Филиппова, «выбор правовой позиции адвокатом означает установление соответствия реальных обстоятельств дела требованиям нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, относящиеся к делу доверителя»⁷². И в данном случае речь идет об определении именно правовой позиции.

В последнее время в юридической литературе термин «правовая позиция» стал употребляться достаточно часто и многие авторы придают указанному понятию различное значение.

Так, юристы связывают данное понятие исключительно с деятельностью Конституционного Суда Российской Федерации.

По мнению Л.В. Лазарева, впервые термин «правовая позиция» появился в законодательстве одновременно с учреждением самого Конституционного Суда. Указанный термин был отражен уже в Законе РСФСР от 12 июля 1991 г. «О Конституционном Суде РСФСР»⁷³, где было определено, что решения Конституционного Суда в соответствии с точным смыслом Конституции «выражают правовую позицию судей, свободную от

70 Орлов А.А. Познавательная деятельность адвоката при формировании позиции по уголовному делу // Бизнес в законе. – 2014. - № 5. - С. 132.

71 Галоганов Е.А. Участие защитника в суде первой инстанции // Адвокатская практика. - 2005.- №1.- С.5.

72 Филиппова А.Т. Правовая позиция адвоката, как средство реализации полномочий // Актуальные проблемы российского права. – 2007. – № 1. – С. 640.

73 О Конституционном Суде РСФСР [Электронный ресурс] : закон РСФСР от 12 июля 1991. Утрат. силу // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

соображений практической целесообразности и политических склонностей»⁷⁴.

В.А. Кряжков определяет правовую позицию, как «логико-правовое (прежде всего - конституционное) обоснование конечного вывода Суда, содержащегося в постановляющей части его решения, формулируемое в виде правовых умозаключений, установок, имеющих общеобязательное значение»⁷⁵.

В свою очередь, В.О. Лучин и М.Г. Мойсеенко пишут о том, что «правовая позиция - это коллегиальное решение Конституционного Суда, выражающее понимание им конкретных положений Конституции в процессе соотнесения с проверяемой правовой нормой с целью устранения неопределенностей, возникших у инициаторов обращения (запроса, жалобы, ходатайства)».⁷⁶

Как мы видим, многие авторы по-разному трактуют правовую позицию, выраженную в решениях Конституционного Суда. Однако не будем останавливаться на изучении данного вопроса более подробно, так как он требует отдельного научного исследования. Рассматривая термин «правовая позиция» обособленно, вне связи с Конституционным Судом Российской Федерации, можно привести следующее определение, представленное М.В. Ходилиной: «Правовая позиция адвоката-защитника - это сформированное мнение стороны защиты по делу, основанное на отношении к обвинению самого подзащитного в совокупности с обстоятельствами и доказательствами по делу, позволяющее адвокату выстроить дальнейший план защиты с целью достижения желаемого или иного наилучшего для его подзащитного исхода дела».⁷⁷

74 Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. 2-е изд., доп. М., 2008. С. 21.

75 Кряжков В.А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации (правовые основы и практика). М., 1999. С. 109.

76 Лучин В.О., Мойсеенко М.Г. Формирование правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по проблемам конституционного права // Теоретические проблемы российского конституционализма. М., 2000. С. 58.

77 Ходилина М.В. Правовая позиция адвоката – защитника: проблемы формирования и реализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. - М. 2009 С. 14.

Анализируя определение, представленное М.В. Ходилиной, следует отметить следующее:

Во-первых, автор рассматривает правовую позицию адвоката – защитника, как самостоятельное, обособленное понятие. На мой взгляд, правовая позиция, так же, как и фактическая позиция, являются частью более общего понятия – позиция адвоката – защитника по уголовному делу.

Во-вторых, неясно, что автор понимает под «сформированным мнением стороны защиты по делу».

В-третьих, из указанного определения следует, что позиция защитника обязательно должна определяться позицией его подзащитного. В данном случае речь идет о том, что позиция доверителя всегда лежит в основе позиции адвоката, однако в научной и учебной юридической литературе данное утверждение является весьма спорным.

Авторы⁷⁸, которые считают запрет занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле обоснованным и необходимым, пишут, что правовая позиция защитника обязательно должна определяться позицией его подзащитного и лишь факт самооговора следует рассматривать, как единственное обстоятельство, дающее адвокату – защитнику право занимать по делу позицию вопреки воле доверителя.

В качестве подтверждения указанной позиции, авторами используются следующие аргументы. Во-первых, речь идет о таком принципе, как презумпция невиновности, в соответствии с которым адвокат не может утверждать о том, что его подзащитный виновен (в случае, если он говорит обратное), так как его виновность или невиновность устанавливается только вступившим в законную силу приговором суда.

⁷⁸ Ходилина М.В. Правовая позиция адвоката – защитника: проблемы формирования и реализации: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М. 2009 С.77., Бернам У.С., Решетникова И.В., Прошляков А.Д. Судебная адвокатура : пособие для адвокатов / под ред. И.В. Решетникова. СПб., 1996. С.56. Азаров Д.Н. Формирование профессиональных этических правил и дисциплинарной ответственности адвоката : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.11. - М., 2009;

Во-вторых, адвокат не может занимать позицию, противоположную позиции своего доверителя, так как в уголовном процессе он осуществляет функцию защиты. В ином случае (если адвокат будет реализовывать свою позицию, противоположную позиции клиента), подзащитный лишается права на защиту, которое гарантировано Конституцией Российской Федерации.

Последним аргументом, как указывает М.С. Рудакова, является то, что адвокат не может формировать свою позицию по делу, так как он участник уголовного процесса, у которого нет и не может быть собственного внутреннего убеждения⁷⁹.

Несмотря на представленные аргументы, в теории уголовного процесса содержатся иные мнения. Как указывает Е.Г. Мартынчик, «нельзя лишать адвоката права самостоятельно определять свою позицию по делу и в тех случаях, когда подсудимый отрицает свою причастность к преступлению, а доказательства, исследованные в судебном заседании, приводят адвоката к противоположному выводу»⁸⁰.

Нельзя не согласиться и с мнением Н.С. Алексеева и З.В. Макаровой, которые указывают, что «избранную позицию адвокат обязан согласовать с подсудимым, но следовать за ним не может и не должен...Рекомендовать занимать только ту позицию, которую считает нужным избрать обвиняемый, значит снижать эффективность деятельности адвоката, дезориентировать следователя, прокурора и судей, которые могут... с недоверием отнестись к позиции защитника, считая её сугубо субъективной и полностью зависимой от подсудимого, заинтересованного в исходе дела»⁸¹.

«Связанность защитника с подзащитным...никогда не выступает как абсолютная. Конечно, согласованность позиционной линии – одно из необходимых условий эффективной защиты»⁸², - пишет П.С. Элькинд.

79 Рудакова М.С. Указанное соч. С. 68-69.

80 Мартынчик Е.Г. Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции : монография / под ред. Е.Г. Мартынчик. 1975. С. 163–164.

81Алексеев Н.С., Макарова, З.В. Ораторское искусство в суде : учеб. пособие / под ред. Н.С. Алексеева., 1985. С. 130.

82 Элькинд П.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе // Вопросы защиты по уголовным делам. С. 39.

На мой взгляд, следует согласиться с мнением последних авторов, поскольку в противном случае «адвоката делают слугой клиента, он вряд ли может уже восприниматься как юрист. Во внутреннем убеждении, как результате оценки доказательств, ему отказано. Убедить же другого в том, в чем сам не уверен, можно только за счет манипуляций, идя на сделку с совестью, а то и нарушая закон. Вряд ли подобное является тем, что понимает законодатель под оказанием квалифицированной правовой помощи»⁸³. Более того, как верно указывает М.С. Рудакова, «адвокат, а не подзащитный является профессиональным участником уголовного процесса, в силу чего именно он должен определять правовую позицию по делу»⁸⁴.

В подтверждение указанной позиции известный адвокат Симон Левин приводит в пример реальное уголовное дело из своей адвокатской практики: «Во дворе одного из домов для престарелых советский солдат убил другого солдата штыком. Убийцу схватили почти сразу. На месте преступления нашли оружие убийства – штык. Эксперты установили, что на нем были отпечатки пальцев обвиняемого, а, кроме того, следы крови убитого были на штыке и одежде подозреваемого. Место убийства и вещественные доказательства были так изучены и представлены, что не было сомнения в том, кто убийца. Подзащитный, избежавший гибели, однако, выбрал странный путь – он категорически все отрицал, говорил, что случайно шел мимо, ничего не знает о случившемся, и никого не убивал. Я не знаю, зачем он врал и на что надеялся. Я понимал, что он отрицал очевидные обстоятельства, и это только ухудшало его положение. Дело слушалось в военном трибунале. В главных этических нормах адвокатуры ясно сказано – в случае, если подсудимый отрицает свою вину, защитник не имеет права занимать позицию, противоположную позиции обвиняемого. Я же видел, что из этого положения нет другого выхода, чем сознательно нарушить одну из главных норм адвокатуры. Я был в очень трудном юридическом положении,

83 Барабаш А.С. Указанное соч. С. 320-321.

84 Рудакова М.С. Указанное соч. С. 70.

у меня просто не было другого выхода, чтобы защитить подсудимого от грозящего ему наказания.

Свою речь в суде я начал так – «Уважаемый суд. В этом деле я предполагаю сознательно нарушить одну из норм адвокатуры, хотя сам являюсь членом комиссии по этике. Я могу за это получить выговор, но для меня это максимальное наказание. Подсудимый же может за свое преступление получить значительно больше, минимально 10 лет тюрьмы, максимально – расстрел». Я сказал суду – «Так как мой подзащитный категорически отрицает свою вину, формально я должен бы для вас что-то сочинить, но я этого не сделаю. И не потому, что я не хочу выглядеть дурачком, как вы могли подумать, а потому, что мне, повторяю, терять придется меньше, чем ему». И продолжил – «Я знаю, как все происходило и знаю также, почему это случилось. Да, мой подзащитный убил. Это подтвердили беспристрастные свидетели и анализ экспертами вещественных доказательств. Он убил человека в целях самозащиты и был в соответствующем душевном состоянии.

После совещания суд назначил обвиняемому наказание – два года службы в штрафном батальоне за превышение границ самообороны. Это было хорошее решение. Я успокоился и отправился в адвокатуру за наказанием. Как член руководства адвокатуры я в обсуждении не участвовал. Обсудив мое дело и приняв во внимание мотивы моих действий и их значение в деле защиты прав человека, руководство адвокатуры решило меня не наказывать, а просто указать мне, что я нарушил норму адвокатуры. Они даже не сочли нужным меня предупредить, чтобы в следующий раз в аналогичной ситуации я так не поступал. Но письменно они указали, что я до этого случая всегда вел себя достойно, что впрочем не обязательно являлось правдой.»⁸⁵.

Анализируя указанную ситуацию, можно сделать вывод о том, что в исключительных случаях позиция доверителя не может лежать в основе

85 Таммер Э. Симон Левин. Рожденный адвокатом. Таллинн, 2009. [Электронный ресурс] : Режим доступа: http://www.eja.pri.ee/stories/Levin%20Sima_rus.pdf

позиции адвоката и, соответственно, норму, содержащую общий запрет адвокату занимать позицию, противоположную позиции доверителя, нельзя возвести в абсолют.

Завершая данный параграф, можно сделать следующие выводы:

Во-первых, в процессе подготовки к судебному разбирательству адвокату необходимо вырабатывать позицию по уголовному делу, поскольку умение адвоката – защитника верно определять позицию по делу является одним из важнейших условий оказания им квалифицированной юридической помощи, которая гарантирована каждому Конституцией Российской Федерации.

Во-вторых, позицию адвоката-защитника по уголовному делу необходимо рассматривать с точки зрения фактической модели, которую можно представить следующим образом: доказательства – факты – право – вывод.

В-третьих, позиция адвоката – защитника по уголовному делу, с точки зрения фактической модели, включает в себя как фактическую, так и правовую позиции, которые являются частью наиболее общего понятия и представляют собой содержательный аспект позиции.

В-четвертых, фактическую позицию адвокат вырабатывает на основе анализа и проверки имеющихся в деле доказательств. Понятие правовой позиции рассматривается вне связи с Конституционным Судом Российской Федерации и заключается в установлении соответствия реальных обстоятельств дела требованиям нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, относящиеся к делу доверителя.

В-пятых, позицию адвоката-защитника по уголовному делу следует рассматривать не просто как мнение или субъективное мнение адвоката относительно сущности и характера дела, а мнение обоснованное, то есть имеющее под собой материально - правовую базу.

3 Позиция доверителя по уголовному делу

Достаточно большое количество авторов⁸⁶, рассматривая и анализируя понятие «позиция адвоката – защитника по уголовному делу», игнорируют такое понятие, как «позиция доверителя», хотя в п. 2 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката прямо указывается: «адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя...». Это порождает достаточно большое количество дискуссионных вопросов.

Например, «как же поступить защитнику в том случае, если он уверен в законности и обоснованности предъявленного обвинения, если в ходе судебного следствия эта уверенность только крепнет, а клиент требует полного оправдания»⁸⁷ и стоит на позиции отрицания вины? Обязан ли адвокат в данном случае безоговорочно следовать позиции клиента? Что

86 Ходилина, М.В. Правовая позиция адвоката – защитника: проблемы формирования и реализации: дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М. 2009 С., Бернам У.С., Решетникова И.В., Прошляков А.Д. Судебная адвокатура : пособие для адвокатов / под ред. И.В. Решетникова. СПб., 1996. С.56. Азаров Д.Н. Формирование профессиональных этических правил и дисциплинарной ответственности адвоката : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.11. М., 2009;

87 Брестер А.А., Панченко В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты. // Адвокатская практика. - М.: Юрист. - 2012.- № 6. - С. 11.

следует понимать под позицией доверителя? И любое ли желание клиента следует рассматривать в качестве его позиции по уголовному делу?

На эти и другие вопросы постараемся ответить в настоящей главе.

3.1 Доверитель: роль и значение

Согласно ч. 1 ст. 1 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», при определении адвокатской деятельности применительно к лицам, которым оказывается квалифицированная юридическая помощь, используется понятие «доверитель».

Несколько позже указанное понятие нашло свое отражение в Кодексе профессиональной этики адвоката (далее – КПЭА), который, в свою очередь, конкретизирует данное понятие. Так, в соответствии с ч.1 ст. 6.1 КПЭА, под доверителем понимается:

- лицо, заключившее с адвокатом соглашение об оказании юридической помощи;
- лицо, которому адвокатом оказывается юридическая помощь на основании соглашения об оказании юридической помощи, заключенное иным лицом;
- лицо, которому адвокатом оказывается юридическая помощь бесплатно либо по назначению органа дознания, органа предварительного следствия или суда.

Обобщая нормы действующего законодательства, регламентирующие основные положения адвокатской деятельности, под доверителем следует понимать физическое или юридическое лицо, которому адвокатом оказывается квалифицированная юридическая помощь в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию на основании заключенного соглашения об оказании юридической помощи; по назначению органов государственной власти; на безвозмездной основе.

При этом адвокату необходимо учитывать, что «доверитель – человек определенного возраста, пола; представитель конкретной профессии, социального слоя, нации, имеющий жизненный опыт, установки, действующий в соответствии с конкретными мотивами, то есть индивид с набором специфических особенностей, отличающих его от других»⁸⁸.

По мнению Л.А. Скабелиной, при общении с доверителем адвокат должен учитывать:

- 1) возрастные особенности доверителя;
- 2) тендерные (половые) различия доверителя;
- 3) национально-психологические особенности доверителя;
- 4) социально-профессиональные характеристики доверителя;
- 5) темперамент, характер, ролевое поведение доверителя;
- 6) потребности доверителя⁸⁹.

Так, например, психологами установлены существенные различия в психическом складе мужчины и женщины, поэтому взаимодействие адвоката с доверителем-мужчиной отличается от общения с доверителем – женщиной. Или же значительное влияние на поведение доверителей в ходе взаимодействия с адвокатом оказывает их принадлежность к той или иной социально - профессиональной группе и т.д.

Как правило, большая часть сведений, имеющих важное значение для дела излагается подзащитным своему адвокату при личной беседе с ним, исходя из чего, главной задачей последнего является необходимость максимального расположения подзащитного к себе, установления психологического контакта, который позволит адвокату получить всю возможную информацию, с целью ее дальнейшего анализа.

Действительно, несмотря на сложность познания личности подзащитного и установления психологического контакта с ним в процессе осуществления защиты, данное знание имеет существенное значение для

⁸⁸Скабелина Л.А. Зачем приходят к адвокату: психологический анализ потребностей доверителя // Адвокатская практика. - 2011.- № 2. - С.13.

⁸⁹ Скабелина Л.А. Указанное соч. С. 14-17.

деятельности адвоката. При этом немаловажная роль в оказании адвокатом квалифицированной юридической помощи отведена доверию, на основе которого должны строиться взаимоотношения между адвокатом и доверителем.

Как верно указывает С.И. Володина, не случайно «понятие «доверитель» происходит от слова «доверие»⁹⁰, поскольку именно доверие является основанием, на котором строятся взаимоотношения и «выступает условием эффективности взаимодействия между адвокатом и клиентом, что помогает обеспечивать продуктивное сотрудничество и достижение результата, который бы в наибольшей степени удовлетворял интересам сторон»⁹¹.

Как отмечают И.И. Мельников и И.И. Мельников: «Необходимо помнить, что в основе взаимоотношений между защитником и подсудимым лежит доверие. Защитник, которому подсудимый доверил свою защиту, не вправе обмануть этого доверия, использовать его во вред интересам подзащитного, иначе пострадают не только интересы самих подсудимых, но и интересы правосудия»⁹².

«Доверие к адвокату и всему сообществу адвокатов в целом есть необходимое условие эффективной качественной работы адвокатов и выполнения ими их предназначения»⁹³, - пишет И.А. Шевченко.

Кроме того, в профессиональной деятельности адвоката используется не только понятие «доверитель», но и понятие «клиент», которые в большинстве случаев употребляются к одному и тому же человеку.

В толковом словаре С.И. Ожегова слово «клиент»⁹⁴ толкуется, как лицо, дело которого ведет адвокат.

Как указывает Л.А. Скабелина, «термин «клиент» отражает деловую, коммерческую сторону взаимоотношений с адвокатом и более распространен

90 Володина С.И. Адвокат - доверитель: возникновение отношений // Адвокатская практика. - 2009. - № 6. - С. 1.

91 Карачева О.В. Доверие в адвокатской деятельности (некоторые аспекты), 2016. С.46.

92 Мельников И.И. и Мельников И.И. Судебная речь: Для участников судебных прений по уголовным делам / под общ. ред. заслуженного юриста РФ, канд. юр. наук, доц. И. И. Мельникова. М. ИКФ «ЭКМОС», 2003. С. 36.

93 Шевченко И.А. Профессиональная этика адвоката. С. 15.

94 Ожегов С.И. Указанное соч. С.243.

в бизнес-адвокатуру и за рубежом»⁹⁵. В свою очередь, «употребление термина «доверитель» подчеркивает человечность, близость и искренность отношений с адвокатом, вызывает больше положительных ассоциаций. В доверии, лежащем в основе такого взаимодействия, отражается гуманность и нравственность профессиональной деятельности адвоката».⁹⁶

На мой взгляд, между указанными понятиями нет существенной разницы и в рамках данного диссертационного исследования указанные понятия рассматриваются в качестве тождественных.

3.2 Сущность и содержание позиции доверителя по уголовному делу

Как уже указывалось ранее, в юридической литературе авторами не рассматривается такое понятие, как «позиция доверителя». Для ответа на указанный вопрос необходимо обратиться к такой науке, как психология, поскольку именно психологические аспекты являются важнейшей составляющей в профессиональной деятельности адвоката.

Что в психологии следует понимать под «позицией» и «интересами»?

Во-первых, необходимо обратить внимание на то, что достаточно большое количество авторов⁹⁷ рассматривают указанные понятия с точки зрения переговоров, возникающих между сторонами в ситуациях конфликта.

«Переговоры являются такой моделью организации взаимодействия в конфликтах и разногласиях, которая предполагает «прямое» согласование интересов конфликтующих сторон через открытые обсуждения участниками

95 Скабелина Л.А. Указанное соч. С. 54.

96 Скабелина Л.А. Указанное соч. С. 55.

97 Трейси Б. Переговоры / Брайан Трейси; пер. с англ. Юлии Константиновой. – М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. С. 75; Спэнгл М. Л., Айзенхарт М.У. Переговоры. Решение проблем в разном контексте. Negotiation: Communication for Diverse Settings, 2009. С. 119; Ершов П.М. Режиссура как практическая психология. Взаимодействие людей в жизни и на сцене. Режиссура как построение зрелища. – М.: Издательство «Мир искусства», 2010. С. 230; Шварц. Г. Управление конфликтными ситуациями: Диагностика, анализ и разрешение конфликтов / Пер. с нем. Л. Конторовой. СПб.: Издательство Вернера Регена, 2007. С. 56; Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Переговоры без поражения. Гарвардский метод / Роджер Фишер, Уильям Юри, Брюс Паттон : пер. с англ. Татьяны Новиковой. — М.: Манн, Иванов и Фербер, 2012. С. 82; Хасан Б.И. Конструктивная психология конфликта / Б.И. Хасан. – СПб.: Питер, 2003. С. 192.

своих разногласий. Переговоры являются наиболее универсальной моделью разрешения конфликта»⁹⁸, - пишет Б.И. Хасан.

Во-вторых, для ответа на вопрос о том, что представляют собой «позиция» и «интересы» с точки зрения психологии, необходимо рассмотреть этапы переговоров.

Так, психологи выделяют следующие этапы переговоров:

1. Начальный этап переговоров.
2. Обмен информацией.
3. Решение проблем.
4. Соглашение.

Переговоры начинаются с презентации сторон и объяснения их роли в переговорах⁹⁹, - пишут М Спэнгл и М. Айзенхарт.

По сути, начальный этап сводится к тому, чтобы познакомиться, определить роль каждой из сторон в переговорах, согласовать цель, основные правила – нормы поведения, которыми стороны будут руководствоваться в процессе переговоров и дальнейший план действий.

Далее стороны переходят к следующему этапу переговоров - обмен информацией. «На этом этапе они объясняют свое восприятие проблемы, определяют те вопросы, которые требуют рассмотрения и перечисляют интересы, которые необходимо удовлетворить для достижения приемлемого соглашения. Чем более открытыми переговорщики будут при обмене информацией, тем выше вероятность решения проблем...»¹⁰⁰.

На данном этапе основная цель – как можно больше узнать об интересах участников переговоров. При этом, «на начальном этапе для переговорщиков характерна тенденция заявлять о своих позициях до того, как были определены интересы и проблемы»¹⁰¹, что делает переговоры малоэффективными или вообще заводит изначально в тупик.

98 Хасан Б.И. Конструктивная психология конфликта : учебное пособие. С. 194.

99 Спэнгл М.Л., Айзенхарт М.У. Переговоры. Решение проблем в разном контексте. Negotiation: Communication for Diverse Settings, 2009. С. 126.

100 Спэнгл М.Л., Айзенхарт М.У. Указанное соч. С. 129-130.

101 Спэнгл М.Л., Айзенхарт М.У. Указанное соч. С.130.

В том случае, если одна из сторон начинает с заявления о своей позиции, психологами рекомендуется, чтобы переговорщики старались искать более глубокие интересы, которыми обусловлена эта позиция: «Многие переговорщики делают ошибку, полностью концентрируясь на заявленной позиции оппонента. Они предполагают, что такие заявления точно отражают желания другой стороны...необходимо стараться выявить потребности и интересы, которые лежат в основе заявленных позиций»¹⁰².

Анализируя второй этап переговоров – обмен информацией, можно сделать вывод о том, что психологи разделяют такие понятия, как «позиция» и «интерес». При этом позиция может содержать в себе несколько интересов и прежде чем определить позицию стороны, необходимо, в первую очередь, выявить интерес.

Действительно, Р. Фишер пишет о том, что «различия между позициями и интересами весьма существенны»¹⁰³. В обоснование указанного тезиса психолог приводит следующий пример: «Двое сидят в библиотеке. Один хочет открыть окно, другой – предпочитает, чтобы оно осталось закрытым. Они начинают спорить о том, насколько можно приоткрыть окно: сделать небольшую щелочку, открыть наполовину, на три четверти или вовсе не открывать. Ни одно решение не удовлетворяет спорщиков. Входит библиотекарь. Он спрашивает одного из спорящих, почему тот хочет открыть окно. «Чтобы в помещении был свежий воздух». Затем он спрашивает другого, почему тот возражает. «Чтобы не было сквозняка». Подумав минуту, библиотекарь открывает окно в соседней комнате. В помещении становится свежо, но в то же время сквозняка нет»¹⁰⁴.

Подобная ситуация характерна для многих переговоров, - пишет Р. Фишер, поскольку переговоры сторон выглядят конфликтом позиций и их основная задача – выработать общую позицию, они естественным образом начинают думать и говорить о позициях. И как уже указывалось ранее,

102 Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Переговоры без поражения. Гарвардский метод / Роджер Фишер, Уильям Юри, Брюс Паттон : пер. с англ. Татьяны Новиковой. — М.: Манн, Иванов и Фербер, 2012. С 75.

103 Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Указанное соч. С.77.

104 Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Указанное соч. С.76.

процесс переговоров в данном случае малоэффективен или вообще заводит в тупик. Рассматривая и анализируя указанную ситуацию, библиотекарь сосредоточился на интересах, а не на позициях сторон и именно благодаря этому добился определенного результата. «Позиции заключались в том, открывать окно или оставлять его закрытым. Интересы сводились к свежему воздуху и отсутствию сквозняка»¹⁰⁵.

После определения «позиций» и «интересов», стороны переходят к следующим этапам переговоров – решение проблем и заключение соглашения. Однако в рамках данного диссертационного исследования детальное рассмотрение и анализ последующих этапов не является целесообразным.

Далее остановимся на принципах переговоров, каждый из которых имеет значение и позволяет ответить на вопрос о том, что представляет собой позиция доверителя.

Известный психолог Р. Фишер выделяет четыре принципа переговоров:

- 1) отделяйте людей от проблемы;
- 2) концентрируйтесь на интересах, а не на позициях;
- 3) рассматривайте различные варианты, прежде чем окончательно решить как же поступить;
- 4) настаивайте на использовании объективных критериев.

Первый принцип заключается в том, что участники переговоров – в первую очередь люди. И в данном случае не стоит забывать о том, что основной особенностью переговоров является то, что мы имеем дело не с абстрактными представителями другой стороны, а с людьми, которые имеют определенные эмоции, систему ценностей, точки зрения. «Каждый из них абсолютно уникален и непредсказуем»¹⁰⁶.

В данном случае адвокату необходимо, как уже указывалось ранее, устанавливать психологические особенности доверителя в каждом

¹⁰⁵ Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Указанное соч. С.78.

¹⁰⁶ Фишер Р., Юри У., Паттон Б. Указанное соч. С.74.

конкретном случае и в соответствии с этим выстраивать с ним взаимоотношения.

Второй принцип переговоров уже был рассмотрен ранее.

Третий принцип заключается в том, чтобы изобрести решения, которые служат к взаимной выгоде сторон и являются самыми полезными из всех, какими только может обладать участник переговоров.

Для выполнения указанной задачи необходимо:

- 1) отделять процесс изобретения решений от процесса их оценки;
- 2) расширять количество обсуждаемых вариантов, а не искать единственно верное решение;
- 3) стремиться к взаимной выгоде;
- 4) искать способы сделать решения простыми.

Четвертый принцип заключается в том, что стороны должны стремиться к тому, чтобы переговоры происходили на основе объективных принципов, а не под давлением той или иной стороны. В данном случае необходимо сосредоточиться на сути проблемы, а не на характере сторон.

Таким образом, обобщая всю полученную информацию, можно сделать вывод о том, что «позиция» включает в себя несколько компонентов:

1. Ответ на вопрос: кто я?
2. Что я хочу?
3. На каком основании?
4. Что у меня для этого есть?

Рассмотрим каждый из компонентов позиции более подробно с точки зрения взаимоотношений, возникающих между адвокатом и доверителем.

На мой взгляд, первый компонент не вызывает и не может вызвать трудностей при ответе на указанный вопрос. Данный компонент в большей степени соответствует первому этапу переговоров, когда стороны знакомятся и определяют роль каждой из сторон. Соответственно, отвечая на него, мы определяем стороны в переговорах – адвокат и доверитель.

Второй и третий компоненты позиции нельзя рассматривать отдельно друг от друга. Так, в случае, если клиент говорит адвокату: «Хочу оправдательный приговор!», он выражает лишь свое «желание». Соответственно, для выражения позиции указанное утверждение должно иметь основание. Например: «Я хочу оправдательный приговор, потому что я не совершал этого преступления». В данном случае у доверителя появляется основание для позиции.

В ходе проведенного нами анкетирования опрошенные адвокаты на вопрос: *«Выражена ли позиция доверителя в данном случае: доверитель не может объяснить, на каком основании судом должна быть произведена переквалификация. Он говорит Вам: «Ты адвокат, ты и думай!». В свою очередь, Вы не видите оснований для переквалификации (их объективно нет)?»*, дали следующие ответы:

13. Выражена ли позиция доверителя в данном случае?

25 ответов

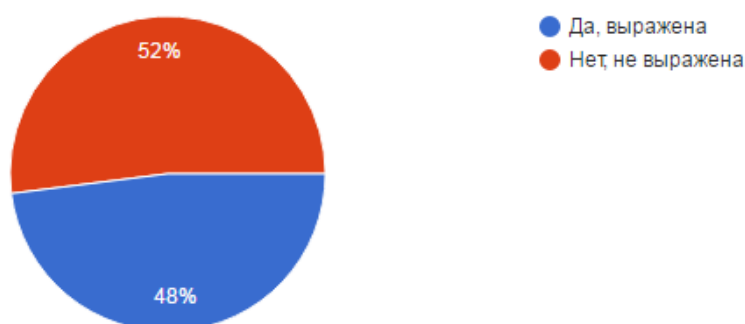


Рисунок 2 – Ответы адвокатов на вопрос анкетирования № 13

Анализируя ответы адвокатов, большинство (52%), рассматривая предложенную ситуацию, не согласны с тем, что в данном случае речь идет о позиции доверителя. При этом другая часть опрошенных адвокатов (48%) считают, что в данном случае позиция доверителя имеет место быть. В целом, указанный анализ свидетельствует о том, что среди практикующих адвокатов не сложилось единого мнения относительно того, что следует понимать под позицией доверителя, однако адвокаты все же склоняются к тому, что позиция доверителя, как и позиция адвоката – защитника должна иметь под собой определенное основание.

Кроме того, еще более интересными представляются ответы адвокатов на следующий вопрос: *«Если в вышеуказанном случае позиция доверителя*

14. Если в вышеуказанном случае позиция доверителя не выражена, но он настаивает на переквалификации, то как Вы поступите?

19 ОТВЕТОВ



не выражена, но он настаивает на переквалификации, то как Вы поступите?»:

Рисунок 3 – Ответы адвокатов на вопрос анкетирования № 14

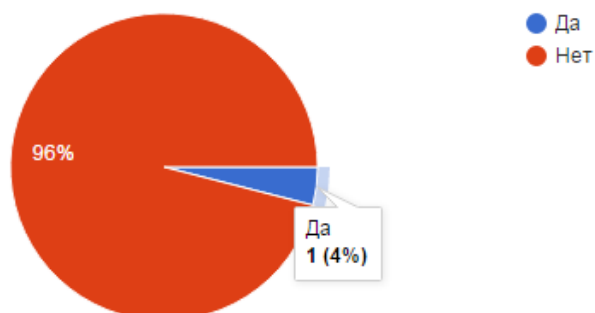
Анализируя представленные ответы, можно сделать вывод о том, что большинство адвокатов (42,1%) постараются переубедить своего доверителя. Три адвоката (15,8%) предложат отказаться от защитника. Один адвокат (5,3%) будет действовать согласно своей позиции, которую он считает правильной. Другие же (10,5%) будут следовать воле доверителя. Адвокаты, выбравшие другой вариант ответа, указывали следующее: «Постараюсь совместить и его и свою позиции, если это возможно при заданных обстоятельствах. Если нет, приму позицию подзащитного»; «В зависимости от ситуации»; «Сначала 3, 4. Если не получится, то буду следовать его воле (т.к. односторонне отказаться от защиты я не имею права), но попутно постараюсь улучшить его положение иными средствами (обычно, варианты есть)»; «Постараюсь переубедить, не получится, предложу отказаться от защитника. До отказа от защитника пока не доходило, всегда удавалось убедить».

Таким образом, указанные ответы являются достаточно противоречивыми и свидетельствуют о том, что среди адвокатов и в профессии в целом нет определенности, единых стандартов деятельности.

Возвращаясь к позиции доверителя, можно предположить, что если доверитель не имеет оснований к своим утверждениям, то в данном случае адвокат работает лишь с желанием клиента, которое нельзя рассматривать в

11. На Ваш взгляд, слово «желание» доверителя является синонимом слова «позиция» доверителя?

25 ответов



качестве его позиции. Обращаясь вновь к результатам анкетирования, опрошенные адвокаты на вопрос: *«На Ваш взгляд, слово «желание» доверителя является синонимом слова «позиция» доверителя?»*, дали следующие ответы:

Рисунок 4 – Ответы адвокатов на вопрос анкетирования № 11

Таким образом, большинство адвокатов (96%) указывают, что слово «желание» не является синонимом слова «позиция». В частности, это может свидетельствовать о том, что адвокаты не рассматривают любое желание доверителя в качестве его позиции по уголовному делу.

В толковом словаре русского языка С.И. Ожегова, слово «желание»¹⁰⁷ толкуется, как внутреннее стремление к осуществлению чего-нибудь, обладанию чем-нибудь.

В современном словаре Т.Ф. Ефремовой, одним из значений слова «желание»¹⁰⁸, является чья-либо просьба, воля.

Так, с точки зрения этимологии, под желанием следует понимать внутреннее стремление лица, направленное на осуществление личных потребностей, просьб.

¹⁰⁷ Ожегов С.И. Указанное соч. С.163.

¹⁰⁸ Толковый словарь русского языка под редакцией Ефремовой Т.Ф. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://slovoonline.ru/slovar_efremova/

Таким образом, выражая личные потребности и просьбы, доверитель выступает в роли «просителя», он не является «позиционером», не выражает свою позицию. Соответственно, желания или просьбы клиента нельзя возводить в абсолют, в противном случае, адвокат «вступает в услужение к своему клиенту, подчиняет свою волю его воле. Он не защищает права, он обслуживает только желание клиента, его хотение, он становится слепым, по большей части опасным его орудием...»¹⁰⁹.

Четвертый компонент позиции заключается в том, что адвокат и доверитель должны иметь определенные ресурсы для выполнения договоренностей и совместных решений.

Завершая данный параграф можно сделать следующие выводы:

Во-первых, «позиция» и «интерес» не являются тождественными понятиями.

Во-вторых, позиция доверителя включает в себя четыре компонента: ответ на вопрос «кто я?»; «что я хочу?»; «на каком основании?» и «какие у меня для этого есть ресурсы?».

В-третьих, позиция доверителя всегда должна иметь под собой основание и не может быть выражена следующей фразой: «Я хочу оправдательный приговор», поскольку в данном случае как раз и отсутствует основание позиции. Соответственно, можно сделать вывод о том, что не любое желание клиента следует рассматривать в качестве его позиции.

109 А.Н. Марков. Указанное соч. С. 5.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Исследование таких понятий, как: «позиция адвоката – защитника по уголовному делу», «позиция доверителя» показало многогранность данной темы и позволило выделить определенные недостатки, пробелы в юридической науке, действующем законодательстве, которые требуют незамедлительного решения и устранения.

Проведенное исследование позволяет сделать следующие выводы:

1. В уголовном процессе адвокат (защитник) является особым участником, который не имеет своего интереса, а представляет интересы

других лиц. Адвокат в публичном уголовном процессе, осуществляя права и обязанности, предусмотренные законодательством, оказывает квалифицированную юридическую помощь. Защита осуществляется в рамках оказания юридической помощи лишь в тех случаях, когда односторонность субъекта уголовного процесса может угрожать правам и законным интересам его подзащитного, когда права и законные интересы уже нарушены. В связи с чем, назначением адвокатуры является служба общественным интересам, способствованию законному правосудию, ограничению произвола власти путем оказания квалифицированной юридической помощи подозреваемому (обвиняемому, подсудимому), что само по себе приводит к положительному исходу (который только возможен) для прав и свобод подзащитного.

Указанное назначение требует независимости и самостоятельности защитника в уголовном процессе, так как нельзя обеспечить общественный интерес, учитывая лишь интерес одного лица (своего подзащитного), тем более, когда его интерес нецелесообразен.

2. Считаем, что позицию адвоката-защитника по уголовному делу необходимо рассматривать с точки зрения фактической модели, которую можно представить следующим образом: доказательства – факты – право – вывод. При этом позицию адвоката-защитника по уголовному делу следует рассматривать не просто как мнение или субъективное мнение адвоката относительно сущности и характера дела, а мнение обоснованное, то есть имеющее под собой материально - правовую базу.

3. С точки зрения фактической модели позиция адвоката – защитника включает в себя как фактическую, так и правовую позиции, которые являются частью наиболее общего понятия и представляют собой содержательный аспект позиции.

4. Фактическая позиция адвоката вырабатывается на основе анализа и проверки имеющихся в деле доказательств. Понятие правовой позиция рассматривается вне связи с Конституционным Судом Российской Федерации и заключается в установлении соответствия реальных

обстоятельств дела требованиям нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, относящиеся к делу доверителя.

5. Позиция доверителя рассматривается с точки зрения психологической науки, определенных переговорных техник и представляет собой результат совместной работы адвоката - защитника и доверителя в процессе их взаимодействия с целью защиты прав и законных интересов последнего. При этом позиция доверителя не отождествляется с «желанием» доверителя.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Нормативно-правовые акты:

1. Всеобщая декларация прав человека [Электронный ресурс] : принята Генеральной Ассамблеей 10.12.1948 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>
2. Европейская конвенция по правам человека [Электронный ресурс] : заключена в г. Риме 04.11.1950 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>

3. Международный пакт о гражданских и политических правах [Электронный ресурс] : принят Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-ом пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 16.12.1996 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/>
4. Русская Правда и Псковская Судная грамота: Материалы к изучению истории государства и права России / Краснояр. гос. ун-т; Сост. С.А. Бердникова, О.П. Подосенов. Красноярск, 2002. – 146 с.
5. Судебник 1497 года: материалы к изучению истории государства и права России / Краснояр. гос. ун-т, Юрид. ин-т; сост. С.А. Бердникова. – Красноярск, 2005. – 52 с.
6. О Конституционном Суде РСФСР [Электронный ресурс] : закон РСФСР от 12 июля 1991. Утрат. силу // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
7. Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12.12.1993 [Электронный ресурс]: с учетом поправок от 30.12.2008 N 6-ФКЗ, от 30.12.2008 N 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ // Справочно-правовая система «Консультант Плюс» – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
8. Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации [Электронный ресурс]: фед. закон от 31.05.2002 N 63-ФЗ ред. от 02.07.2013 // Справочно-правовая система «Консультант Плюс» – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
9. Кодекс профессиональной этики адвоката [Электронный ресурс]: принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003 ред. от 22.04.2013 // Справочно-правовая система «Консультант Плюс» – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

Специальная литература:

10. Адаменко, В.Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого: монография / ред.: В.Д. Адаменко, М.К. Свиридов - Томск: Изд-во Том. ун-та, 1983. - 158 с.
11. Адаменко, В.Д. Субъекты защиты обвиняемого: монография / Адаменко В.Д. - Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1991. – 208 с.
12. Адаменко, Д.Н. Формирование профессиональных этических правил и дисциплинарной ответственности адвоката: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. - М., 2009. - 27 с.
13. Алексеев, Н.С., Макарова, З.В. Ораторское искусство в суде / Алексеев Н.С., Макарова З.В. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1985. - 175 с.
14. Арсеньев, К.К. Главные деятели и предшественники судебной реформы / под ред. К.К. Арсеньева. - С.-Петербург, типография акционерного общества Брокгауз-Ефрон, 1904. - 92 с.
15. Барабаш, А.С. Субъекты уголовного процесса и субъекты уголовно-процессуального доказывания / А.С. Барабаш // Сибирские юридические Краснояр. ун-т. Красноярск. – 2002. – С. 123-135.
16. Барабаш, А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление / Барабаш А.С. - С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2005. - 257 с.
17. Барабаш, А.С. Публичное начало российского уголовного процесса / Барабаш А.С. - С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2009. - 420 с.
18. Барабаш, А. С., Шафиров, В.М. Основа отношений между субъектами уголовного процесса и адвокатом / А. С. Барабаш, В. М. Шафиров. // Академический юридический журнал. – 2012. – № 4. – С. 36 – 41.
19. Бернам, У. Судебная адвокатура / Бернам У., Прошляков А.Д., Решетникова И.В. - С.-Пб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1996. - 196 с.
20. Божьев, В.П. Уголовный процесс. Учебник для высших юридических учебных заведений / Под ред. В.П. Божьева. - М.: Спарк, 1998. - 591 с.

21. Брестер, А. А. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты / А. А. Брестер, В. Ю. Панченко // Адвокатская практика. – 2012. – № 6. – С.10–13.
22. Брестер, А.А., Белецкая, Л.С. Модели взаимоотношения следователя и защитника на стадии предварительного расследования // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ответственные редакторы М.К. Свиридов, Ю.К. Якимович; под редакцией О.И. Андреевой, И.В. Чадновой. Томск, 2015. С.76-83.
23. Брестер, А.А., Панченко, В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты. // Адвокатская практика. - М.: Юрист. – 2012. –№ 6. – С. 10-12.
24. Брестер, А.А., Панченко, В.Ю. Публичное начало современного российского уголовного процесса и юридическая помощь // Адвокат. - М.: Законодательство и экономика. – 2012. – № 12. – С. 13–21.
25. Володина, С.И. Адвокат-доверитель: возникновение отношений // Адвокатская практика. - М.: Юрист. – 2009. – № 6. – С. 2-4.
26. Воскобитова, Л.А. Адвокат: навыки профессионального мастерства / Под ред.: Л.А. Воскобитовой. - М.: Волтерс Клувер, 2006. - 592 с.
27. Галоганов, Е.А. Участие защитника в суде первой инстанции // Адвокатская практика. – 2005. – №1. – С.5.
28. Гринева, А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории). Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Гринева А.В. - М., 2008. - 24 с.
29. Деришев, Ю.В. Органы предварительного расследования России: прошлое, настоящее, будущее. Учебное пособие / Деришев Ю.В. - Омск: Изд-во Юрид. ин-та МВД России, 1998. - 99 с.
30. Ершов, П.М. Режиссура как практическая психология. Взаимодействие людей в жизни и на сцене. Режиссура как построение зрелища. – М.: Издательство «Мир искусства», 2010. – 408 с.
31. Ефремова, Т.Ф. Новый словарь русского языка. Толково-образовательный.- М.: Рус. яз. 2000.- 1209 с.

32. Жадяева, М.А. Адвокатура как жанр искусства // Адвокатская практика. - М.: Юрист. – 2011. – № 6. – С. 42 – 44.
33. Игнатов, С.Д. Адвокатская деятельность и проблемы ее совершенствования в условиях судебно-правовой реформы: учебное пособие / С.Д. Игнатов. – Ижевск: Детектив – информ, 2000. - 220 с.
34. Карачева, О.В. Доверие в адвокатской деятельности (некоторые аспекты) // Об адвокатуре и адвокатской деятельности : сборник статей / Отв. ред. и сост. И.А. Шевченко. – Красноярск : Центр информации, 2016. – 156 с.
35. Колмацуй, А.А. Понятие позиции по делу, формируемой защитником в ходе подготовки к судебному заседанию // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сб. статей / Под ред. М.К. Свиридова. – Томск, 2005. Ч. 29. – 197 с.
36. Кони, А.Ф. Избранные труды и речи. – Тула, издательство «Автограф», 2000. – 505 с.
37. Кряжков, В.А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации (правовые основы и практика) / В. А. Кряжков - М.: Формула права, 1999. - 768 с.
38. Кудрявцев, В.Л. Проблемы формирования и реализации позиции адвоката-защитника на судебном следствии // Адвокат. - М.: Законодательство и экономика. – 2005 – № 4. – С. 41 – 51.
39. Кучерена, А.Г. Адвокатура в условиях судебно-правовой реформы в России: Монография. М.: ЮРКОМПАНИ, 2009. - 434 с.
40. Кучерена, А.Г. Адвокатура: Учебник. - М.: Юристъ, 2004. - 351 с.
41. Лазарев, Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России / Л.В. Лазарев. - 2-е изд., доп. - М.: Формула права, 2008. - 688 с.
42. Ларин, А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции / Ларин А.М. - М.: Юрид. лит., 1986. - 160 с.
43. Лубшев, Ю.Ф. Адвокат в уголовном деле. Учебник / Лубшев Ю.Ф.; Под ред.: Марткович И.Б. - 2-е изд., испр. и доп. - М.: Манускрипт, 1999. - 408 с.

44. Лупинская, П.А. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебное пособие/ Отв. ред. П.А. Лупинская. - М.: Юристъ, 2005. – 696 с.
45. Лучин, В.О., Мойсеенко, М.Г. Формирование правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по проблемам конституционного права // Теоретические проблемы российского конституционализма. - М.: Изд-во ИГиП РАН, 2000. - С. 54-73.
46. Львова, Е.Ю. Защита по уголовному делу. Пособие для адвокатов / Под ред.: Е.Ю. Львовой. - М.: Юристъ, 2000. - 216 с.
47. Марков, А.Н. Правила адвокатской профессии в России. Опыт систематизации постановлений Советов присяжных поверенных по вопросам профессиональной этики. Составил член Совета присяжных поверенных округа Московской судебной палаты А.Н. Марков. Москва, 1913 год / Сост.: Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. (Отв. ред.) - М.: Статут, 2003. - 384 с.
48. Мартынчик, Е.Г. Гарантии прав обвиняемого в суде первой инстанции. - Кишинев: Штиинца, 1975. - 218 с
49. Маслова, М.В. Содержательный аспект позиции защитника по уголовному делу: факты и доказательства // Современное право. – 2015. – № 5. – С.101-106.
50. Мельников, И.И., Мельников, И.И. Судебная речь. Для участников прений сторон по уголовным делам / Мельников И.И., Мельников И.И. - М.: Право, 2013. - 512 с.
51. Ожегов, С.И. Словарь русского языка Государственное издательство иностранных и национальных словарей. Москва – 1953. – 848 с.
52. Орлов, А. А. Познавательная деятельность адвоката при формировании позиции по уголовному делу // Бизнес в законе. – 2014. – № 5. – С. 131 -134.
53. Панченко, В.Ю. Юридическая помощь (вопросы общей теории): монография / В. Ю. Панченко. - Красноярск: Сиб. федер. ун-т, 2011. - 279 с.

54. Плевако, Ф.Н. Избранные речи. В 2 т. Том 1 / Ф.Н. Плевако ; вступит. ст. Г.М. Резника. – М.: Издательство Юрайт, 2017. - 327 с.
55. Рудакова, М.С. К вопросу о самостоятельности адвоката при определении позиции по уголовному делу // Об адвокатуре и адвокатской деятельности : сборник статей / Отв. ред. и сост. И.А. Шевченко. – Красноярск : Центр информации, 2016. – 156 с.
56. Скабелина, Л.А. Зачем приходят к адвокату: психологический анализ потребностей доверителя // Адвокат. - М.: Законодательство и экономика. – 2011. – № 2. – С. 10-17.
57. Спэнгл, М. Л., Айзенхарт, М.У. Переговоры. Решение проблем в разном контексте. Negotiation: Communication for Diverse Settings, 2009. – 592 с.
58. Стецовский, Ю.И., Мирзоев, Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус. Монография / Мирзоев Г.Б., Стецовский Ю.И. - М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. - 159 с.
59. Строгович, М.С. Курс советского уголовного процесса: Основные положения науки советского уголовного процесса. Т. 1 / Строгович М.С. - М.: Наука, 1968. - 470 с.
60. Таммер, Э. Симон Левин. Рожденный адвокатом. Таллинн, 2009. [Электронный ресурс] : Режим доступа: http://www.eja.pri.ee/stories/Levin%20Sima_rus.pdf
61. Трейси, Б. Переговоры / Брайан Трейси; пер. с англ. Юлии Константиновой. – М.: Манн, Иванов и Фербер, 2014. – 80 с.
62. Трунов, И. Л. Экзамен на звание адвоката : учеб.- практ. пособие / И. Л. Трунов, Л. К. Айвар ; отв. ред. И. Л. Трунов, Л. К. Айвар. - 3-е изд., испр. и доп. - М. : Издательство Юрайт, 2013. - 1012 с.
63. Филиппова, А.Т. Правовая позиция адвоката как средство реализации полномочий // Актуальные проблемы российского права. Сборник статей. - М.: Изд-во МГЮА. – 2007. – № 1. – С. 637-644

64. Фишер, Р., Юри, У., Паттон, Б. Переговоры без поражения. Гарвардский метод / Роджер Фишер, Уильям Юри, Брюс Паттон : пер. с англ. Татьяны Новиковой. — М.: Манн, Иванов и Фербер, 2012. — 342 с.
65. Хасан, Б.И. Конструктивная психология конфликта : учебное пособие / Б.И. Хасан. — Санкт-Петербург : Питер, 2003. — 250 с.
66. Ходилина, М.В. Правовая позиция адвоката-защитника (проблемы формирования и реализации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. - М., 2013. - 21 с.
67. Шварц, Г. Управление конфликтными ситуациями: Диагностика, анализ и разрешение конфликтов / Пер. с нем. Л. Конторовой. СПб.: Издательство Вернера Регена, 2007.- 292 с.
68. Шевченко, И.А. Профессиональная этика адвоката // Об адвокатуре и адвокатской деятельности : сборник статей / Отв. ред. и сост. И.А. Шевченко. — Красноярск : Центр информации, 2016. — 156 с.
69. Шейфер, С.А. Следственная власть: история и современность // Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы международной научной конференции. Санкт-Петербург, 6-8 октября 2010 года. - М.: ЗАО «Актион-Медиа», 2012. - С. 111-119.
70. Шпилев, В.Н. Участники уголовного процесса. - Минск: Изд-во Белорус. ун-та, 1970. - 176 с. // Советское государство и право. - М.: Наука — 1971. — № 12. — С. 129-130.
71. Элькинд, П.С. Право обвиняемого на защиту в советском уголовном процессе (общие вопросы) // Вопросы защиты по уголовным делам. Сборник статей. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1967. - С. 7-44.
72. Яблоков, Н.П. Криминалистика. Учебник / Герасимов В.Н., Колдин В.Я., Крылов В.В., Куликов В.И., и др.; Отв. ред.: Яблоков Н.П. - М.: БЕК, 1996. - 708 с.
73. Якимович, Ю.К. Избранные труды / Якимович Ю.К. - С.-Пб.: Изд-во «Юрид. центр Пресс», 2011. - 772 с.

ПРИЛОЖЕНИЕ А

Анкета

Уважаемые коллеги!

В магистратуре «Адвокат в судебном процессе» Юридического института Сибирского федерального университета проводится исследование на тему: «Позиция адвоката – защитника по уголовному делу». Нам очень

важно учесть именно Ваше мнение и опыт, поэтому мы просим Вас заполнить настоящую анкету.

Заранее спасибо!

Из представленных вариантов ответов, нужно выбрать только один:

1. Ваш стаж адвокатской деятельности:

- А) меньше года;
- Б) от 1 до 5 лет;
- В) свыше 5 лет.

2. Ваш пол:

- А) Женский;
- Б) Мужской.

3. Осуществляете ли Вы защиту по уголовным делам:

- А) Да, редко;
- Б) Да, часто;
- В) Нет.

4. Выработываете ли Вы позицию по уголовному делу в процессе подготовки к судебному разбирательству?

- А) Да;
- Б) Нет.

5. Считаете ли Вы обоснованным запрет адвокату занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя?

По общему правилу, адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя и действовать вопреки его воле (п. 2 ч.1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката).

- А) Да;
- Б) Нет;
- В) Свой вариант ответа: _____.

6. Были ли в Вашей практике случаи несовпадения Вашей позиции и позиции доверителя по уголовному делу?

- А) Да, редко

Б) Да, часто

В) Нет

7. На Ваш взгляд, адвокат – защитник в уголовном процессе:

А) Самостоятелен и не зависит от доверителя;

Б) Зависимым от клиента участником;

В) Свой вариант ответа: _____.

8. В случае расхождения позиции доверителя и Вашей позиции по уголовному делу Вы:

А) Будете придерживаться своей позиции;

Б) Будете придерживаться позиции доверителя;

В) Постараетесь убедить доверителя в том, что его позиция
неправильна;

Г) Постараетесь незаметно для доверителя «подтолкнуть» его к
правильной позиции;

Д) Свой вариант ответа: _____.

9. На ваш взгляд, слово «интерес» доверителя является синонимом слова «позиция» доверителя?

А) Да;

Б) Нет.

10. Выражена ли позиция адвоката-защитника в данном случае?

Адвокат - защитник на вопрос суда ответил: «Мой клиент невиновен!»

А) Да, это позиция адвоката-защитника;

Б) Это название позиции;

В) Это не относится к позиции.

Г) Поясните, пожалуйста, Ваш ответ, если это возможно:

_____.

11. На ваш взгляд, слово «желание» доверителя является синонимом слова «позиция» доверителя?

А) Да;

Б) Нет.

12. Как вы поступите?

Для защиты клиента адвокату необходимо вызвать и допросить по обстоятельствам произошедшего события свидетеля. Однако доверитель против вызова и допроса указанного свидетеля.

- А) Убедите клиента в том, что вызов указанного свидетеля необходим;
- Б) Поступите по-своему;
- В) Не будете вызывать и допрашивать свидетеля, так как того требует клиент;
- Г) Свой вариант ответа: _____.

13. Выражена ли позиция доверителя в данном случае?

Доверитель не может объяснить, на каком основании судом должна быть произведена переквалификация. Он говорит Вам: «Ты адвокат, ты и думай!» В свою очередь, Вы не видите оснований для переквалификации (их объективно нет).

- А) Да, выражена;
- Б) Нет, не выражена.

14. Если в вышеуказанном случае позиция доверителя не выражена, но он настаивает на переквалификации, то как Вы поступите:

- А) Будете следовать его воле;
- Б) Займете позицию, которую Вы считаете правильной;
- В) Постараетесь переубедить доверителя;
- Г) Предложите отказаться от защитника
- Д) Свой вариант ответа: _____.

15. Выражена ли позиция адвоката – защитника в данном случае?

Вы работаете с другим адвокатом по одному уголовному делу. На Ваш вопрос: «Какова позиция?», он отвечает: «Будем идти на условное осуждение».

- А) Да, выражена;
- Б) Нет, не выражена.
- Г) Поясните, пожалуйста, Ваш ответ, если это возможно:

Благодарим за сотрудничество!

ПРИЛОЖЕНИЕ Б
Результаты анкетирования

Количество опрошенных: 25 чел.

№ вопроса	Формулировка вопроса, варианты ответа и количество ответивших на каждый вариант.	
1	Ваш стаж адвокатской деятельности:	
	А) Меньше 1 года	2
	Б) От 1 года до 5 лет	7
	В) Более 5 лет	16
2	Ваш пол:	

	А) Женский	14
	Б) Мужской	11
3	Осуществляете ли Вы защиту по уголовным делам:	
	А) Да, редко	7
	Б) Да, часто	18
	В) Нет	0
4	Вырабатываете ли Вы позицию по уголовному делу в процессе подготовки к судебному разбирательству?	
	А) Да	25
	Б) Нет	0
5	Считаете ли Вы обоснованным запрет защитнику занимать по делу позицию, отличную от позиции доверителя?	
	А) Да	16
	Б) Нет	5
	В) Другое	4
6	Были ли в Вашей практике случаи несовпадения Вашей позиции и позиции доверителя по уголовному делу?	
	А) Да, редко	17
	Б) Да, часто	3
	В) Нет	5
7	На Ваш взгляд, адвокат-защитник в уголовном процессе	
	А) Самостоятелен и не зависит от доверителя	2
	Б) Зависит от доверителя	
	В) Другое	
8	В случае расхождения позиции доверителя и Вашей позиции по уголовному делу Вы:	
	А) Будете придерживаться своей позиции	1
	Б) Будете придерживаться позиции доверителя	3
	В) Постараетесь убедить доверителя в том, что его позиция неправильна	8
	Г) Постараетесь незаметно для доверителя «подтолкнуть» его к правильной позиции	7
	Д) Другое	6
9	На ваш взгляд, слово «интерес» доверителя является синонимом слова «позиция» доверителя?	
	А) Да	6
	Б) Нет	19
10	Выражена ли позиция адвоката-защитника в данном случае?	
	Адвокат - защитник на вопрос суда ответил: «Мой клиент невиновен!»	
	А) Да	11
	Б) Нет	14

11	На Ваш взгляд, слово «желание» доверителя является синонимом слова «позиция» доверителя?	
	А) Да	1
	Б) Нет	24
12	Как Вы поступите: Для защиты доверителя Вам необходимо вызвать и допросить по обстоятельствам произошедшего события свидетеля. Однако доверитель против вызова и допроса указанного свидетеля.	
	А) Убедите доверителя в том, что вызов указанного свидетеля необходим	11
	Б) Поступите по-своему	2
	В) Не будете вызывать и допрашивать свидетеля, так как того требует доверитель	4
	Г) Другое	8
13	Выражена ли позиция доверителя в данном случае? Доверитель не может объяснить, на каком основании судом должна быть произведена переквалификация. Он говорит Вам: «Ты адвокат, ты и думай!» В свою очередь, Вы не видите оснований для переквалификации (их объективно нет)	
	А) Да, выражена	12
	Б) Нет, не выражена	13
14	Если в вышеуказанном случае позиция доверителя не выражена, но он настаивает на переквалификации, то как Вы поступите?	
	А) Будете следовать его воле	2
	Б) Займете позицию, которую Вы считаете правильной	1
	В) Постарайтесь переубедить доверителя	8
	Г) Предложите отказаться от защитника	3
	Д) Другое	5
15	Выражена ли позиция адвоката-защитника в данном случае? Вы работаете с другим адвокатом по одному уголовному делу. На Ваш вопрос: «Какова позиция?», он отвечает: «Будем идти на условное осуждение».	
	А) Да, выражена	9
	Б) Нет, не выражена	16

ПРИЛОЖЕНИЕ В

**Статья на международную конференцию студентов, аспирантов и
молодых ученых «Перспектив свободный – 2016»**

Министерство образования и науки Российской Федерации
ФГАОУ ВПО «Сибирский федеральный университет»

Сборник материалов Международной
конференции студентов, аспирантов и молодых
ученых «Перспектив Свободный-2016», посвященной
Году образования
в Содружестве Независимых Государств

Красноярск, Сибирский федеральный университет,
15 - 25 апреля 2016 г.

УДК 343.13

ЧТО ТАКОЕ ПОЗИЦИЯ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПО ДЕЛУ?

Шевчик О.Б.

научный руководитель канд. юрид. наук, доц. Шевченко И.А.
Сибирский федеральный университет

Умение адвоката – защитника верно определять позицию по делу является одним из важнейших условий оказания им квалифицированной юридической помощи, которая гарантирована каждому Конституции Российской Федерации.

В Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» указывается, что «Адвокат не вправе занимать по

делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора»¹¹⁰.

Практически аналогичная норма закреплена в ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката (далее – КПЭА), где указывается, что «Адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную позиции доверителя, и действовать вопреки его воле, за исключением случаев, когда адвокат – защитник убежден в наличии самооговора своего подзащитного»¹¹¹.

Однако, несмотря на то, что в действующем законодательстве неоднократно используется такое понятие, как «позиция адвоката по делу», его легальное определение отсутствует, что является предметом многочисленных дискуссий и вызывает противоречия не только в юридической литературе, но и в правоприменительной практике.

Наиболее общее понятие «позиция по делу» представлено в словаре русского языка, где слово «позиция»¹¹² толкуется как определенная точка зрения, мнение в каком-либо вопросе, а «дело»¹¹³ – это работа, занятие, деятельность; судебное разбирательство, процесс (уголовное дело).

По мнению Е.Ю. Львовой, «позиция по делу – это фактическая и юридическая картина случившегося с точки зрения обвинения и точки зрения защиты».¹¹⁴

Помимо данного определения, В.Л. Кудрявцев отмечает, что в юридической литературе существуют и иные трактовки данного понятия:

- формулирование решающего вывода о виновности или невиновности подсудимого;
- установление конкретных целей деятельности защитника, а также методов их достижения дозволенными законом средствами;
- отношение защиты к обвинению, то, что защита противопоставляет обвинению;
- складывающийся у него в тот или иной момент процесса вывод о доказанности или недоказанности обвинения в целом или отдельных его частей и средствах и методах реализации этого вывода в интересах обвиняемого;
- процессуальное выражение отношения защитника к обвинению (подозрению), гражданскому иску;
- сложное, многогранное понятие, определяемое и как результат деятельности защитника, и как процесс этой деятельности; как оценка

110 Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ ред. от 13.07.2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

111 Кодекс профессиональной этики адвоката [Электронный ресурс] : принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003 ред. от 22.04.2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

112 Ожегов, С.И. Словарь русского языка. Государственное издательство иностранных и национальных словарей. М. – 1953. С. 498.

113 Ожегов, С.И. Указанное соч. С. 135.

114 Львова, Е.Ю. Защита по уголовному делу : Пособие для адвокатов / под ред. Е.Ю. Львовой. М., 2002. С. 33.

обвинения, так и отношение к нему; как сама версия защиты, так и ее формирование.¹¹⁵

Как уже отмечалось ранее, в научной юридической литературе нет единства мнений относительно того, что же следует понимать под позицией адвоката-защитника по делу и вышеуказанные точки зрения являются тому подтверждением.

Кроме того, следует отметить, что если позиция адвоката по делу хоть как-то обратила на себя внимание исследователей, то позиция доверителя, которой не должна противоречить позиция адвоката, осталась полностью незамеченной, хотя в КПА прямо указывается, что «Адвокат не вправе занимать по делу позицию, противоположную **позиции доверителя...**». Можно ли рассматривать указанные понятия отдельно друг от друга? Напрямую ли позиция адвоката – защитника зависит от позиции доверителя? И любое ли желание, интерес или мнение клиента можно рассматривать в качестве позиции доверителя?

Безусловно, все вышеперечисленное оказывает негативное влияние на деятельность адвоката – защитника в целом и порождает массу этических проблем, поскольку определение позиции по делу является одним из ключевых аспектов деятельности адвоката – защитника.

Таким образом, исследование таких понятий, как «позиция адвоката – защитника по делу», «позиция доверителя» позволило выделить определенные недостатки, пробелы, которые в дальнейшем требуют незамедлительного решения и устранения.

Список литературы

1. Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации [Электронный ресурс] : федер. закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ ред. от 13.07.2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
2. Кодекс профессиональной этики адвоката [Электронный ресурс] : принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003 ред. от 22.04.2015 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.
3. Ожегов, С.И. Словарь русского языка. Государственное издательство иностранных и национальных словарей. М. – 1953. – 848 с.
4. Львова, Е.Ю. Защита по уголовному делу : Пособие для адвокатов / под ред. Е.Ю. Львовой. М., 2002. – 216 с.
5. Кудрявцев, В.Л. Проблемы формирования и реализации позиции адвоката – защитника на судебном следствии / В.Л. Кудрявцев // Адвокат. - 2005. – N 4. – С. 41-45.

115 Кудрявцев, В.Л. Проблемы формирования и реализации позиции адвоката – защитника на судебном следствии / В.Л. Кудрявцев // Адвокат. - 2005. – N 4. – С. 43.

Федеральное государственное автономное
образовательное учреждение
высшего образования
«СИБИРСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

институт

КАФЕДРА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И КРИМИНАЛИСТИКИ

кафедра

УТВЕРЖДАЮ

Заведующий кафедрой

А.Д. Назаров

подпись инициалы, фамилия

«20» сентября 20 17 г.

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

Позиция адвоката – защитника по уголовному делу

тема

40.04.01 «Юриспруденция»

код и наименование направления

40.04.01.00.05 «Адвокат в судебном процессе»

код и наименование магистерской программы

Научный руководитель

19.06.17
подпись, дата

доцент, к.ю.н.

должность, ученая степень

И.А. Шевченко

инициалы, фамилия

Выпускник

О. Шевчик - 19.06.17

подпись, дата

О.Б. Шевчик

инициалы, фамилия